Radlkofer

Die

Haftung des dritten Besitzers

nach dem bayerischen Hypothekengesetze.

Eine

partikularrechtliche Studie

von

Otto Radlkofer
k. Landgerichtsrath.

München.
Theodor Ackermann
königlicher Hofbuchhändler.
1885.

Die

Haftung des dritten Besitzers

nach dem bayerischen Hypothekengesetze.

Eine

partikularrechtliche Studie

von

Otto Radlkofer
k. Landgerichtsrath.

München.
Theodor Ackermann
königlicher Hofbuchhändler.
1885.

§ 1. Die Krisis, welche vor mehreren Jahren über den ländlichen Grundbesitz hereingebrochen ist und die Nachwirkungen einer überhasteten Bauspekulation, wie sie in den größeren Städten sich fühlbar machten, haben eine große Anzahl von Subhastationen zur Folge gehabt, bei welcher die Objekte nur allzu häufig weit unter ihrem wahren Werthe veräußert wurden. Viele Hypothekgläubiger erlitten hiebei erhebliche Kapitalsverluste, und so wurde die Frage, ob sich der Hypothekgläubiger an jeden ehemaligen Besitzer der Pfandsache halten könne, welcher zwar die bezügliche Schuld nicht selbst kontrahirt, die Hypothek aber beim Erwerbe der Sache übernommen hatte, zu einer brennenden. Die Bejahung dieser Frage, wie sie seit Anfang der Sechzigerjahre mehr und mehr in der bayr. Gerichtspraxis sich einbürgerte, hatte in früheren Jahren keine allgemein fühlbaren Wirkungen geäußert, weil anfänglich nur vereinzelte Hypothekgläubiger hieraus Kapital schlugen. Jetzt aber, wo eine ganz bedeutende Anzahl von Hypothekforderungen sich in den Händen von Bankinstituten befinden, welche den ihnen von der Rechtssprechung geöffneten Weg, ihre Kapitalsverluste zu decken, wenn nicht in das Gegentheil zu verkehren, ohne Zaudern einschlagen, haben sich die Fälle, daß ehemalige Anwesensbesitzer mit peinlichem Erstaunen sich vor die Alternative gestellt sehen, entweder die seinerzeit von ihnen übernommene, später aber mit dem Hypothekenobjekte auf einen

Dritten übergegangene Hypothekschuld freiwillig zu bezahlen oder darum eingeklagt zu werden, ganz gewaltig vermehrt.

Im jüngsten Landtage kam die Frage, ob die bayr. Gerichtspraxis hier das Richtige getroffen habe, in der Abgeordnetenkammer zur Erörterung, und zwar in Folge einer Petition des Münchener Grund- und Hausbesitzervereines um authentische Interpretation oder gesetzliche Abänderung des § 56 des Hypothekengesetzes, welche Petition denn auch durch einen mit großer Majorität gefaßten Beschluß der Kammer der k. Staatsregierung zur Berücksichtigung hinübergegeben wurde.[1]) In der Reichsrathskammer kam die Sache wegen Schlusses der Session nicht mehr zur Berathung.

Die Berathung in der Abgeordnetenkammer hat klar gezeigt, daß die von der Rechtsprechung angenommene Fortdauer der persönlichen Haftung des Drittbesitzers nach Aufgabe des Besitzes keineswegs in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist.

Schon im Jahre 1870[2]) habe ich den Versuch gemacht, die in der Gerichtspraxis adoptirte Interpretation der fraglichen Bestimmung des Hypothekengesetzes zu bekämpfen. Durch weiteres Studium der Frage bin ich in meiner Ansicht, daß hier die Rechtssprechung, beeinflußt von modernen Strömungen in der gemeinrechtlichen Doktrin und übereifrig bestrebt, durch möglichste Begünstigung des Hypothekgläubigers den Realkredit zu fördern, zu einer irrigen Auslegung des § 56 l. c. gelangt sei, nur bestärkt worden. Wenn ich mir nun auch nicht verhehle, daß es mir wohl nicht gelingen werde, durch eine wiederholte und eingehendere Erörterung der für eine gegentheilige Interpretation sprechenden Gründe die Gerichtspraxis in andere Bahnen zu lenken, so glaube ich doch, ermuntert von berufener Seite, diese

[1]) Stenographische Berichte Band 3 S. 301 ff.

[2]) Stengleins Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft Band IX S. 65 u. 81 ff.

Erörterung nicht unterlassen zu sollen, weil sie immerhin eine die Klärung der Sache fördernde Debatte veranlassen kann.

§ 2. Ich glaube nicht irre zu gehen, wenn ich annehme, daß die bestehende Gerichtspraxis ihren Ausgangspunkt in einem von Dr. Hermann Seuffert im Bande XXVI der Blätter für R. A. veröffentlichten Aufsatze habe, in welchem ohne weitere Begründung der § 56 l. c. dahin ausgelegt wurde, daß er die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht abzuleitende Fortdauer der persönlichen Haftung des Drittbesitzers durch gesetzgeberischen Akt geschaffen habe. Auf diesen Ausgangspunkt ist denn auch nach mancherlei Wandlungen die Rechtssprechung zurückgekehrt; denn während früher diese fortdauernde Haftung in der verschiedensten Weise zu konstruiren versucht und bald von einer „Schuldübernahme" bald von einer „Anweisung" und bald von einem „Vertrage zu Gunsten Dritter" gesprochen wurde — auch die „unvollständige Delegation" wurde zu verwerthen gesucht — hat man in neuester Zeit all' diese im Gebiete der gemeinrechtlichen Doktrin geworbenen Hilfstruppen entlassen und sich mit der Annahme einer durch den kategorischen Willen des Gesetzgebers geschaffenen obligatio ex lege begnügt. Es ist klar, daß diese Konstruktionsarten auch auf die Definirung des Wesens der kritischen Obligation von Bedeutung waren, wenn auch in der Praxis die bezüglichen Detailfragen nur sehr vereinzelt zur Beantwortung gelangten. So z. B. blieb es bestritten, ob und welche Einreden, welche dem ursprünglichen Schuldner dem Hypothekgläubiger gegenüber zustehen, auch von dem Drittbesitzer des Hypothekenobjekts vorgeschützt werden könnten, und obwohl man ein neben der dinglichen Haftung begründetes und ohne die letztere fortdauerndes Schuldverhältniß des Drittbesitzers behauptete, ließ man dasselbe doch enden, falls der Gläubiger dem späteren Besitzer auch nur einen Theil des Pfandes freigab oder bei einer Zwangsveräußerung sein Kapital

dem Ansteigerer liegen ließ. Auch darin, daß früher der Drittbesitzer als wahrer Korrealschuldner erklärt wurde, während später nur eine „unächte Korrealität" als gegeben erachtet ward, ist ein nichts weniger denn bedeutungsloses Schwanken zu erkennen.

So wie die Praxis sich neuerdings gestaltete, wird es zweckmäßig erscheinen, vorerst an die Interpretation des § 56 l. c. heranzutreten und erst später die Frage zu prüfen, ob die fortdauernde Haftung des Drittbesitzers nicht, abgesehen von den Bestimmungen des bayr. Hypothekengesetzes, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ableiten lasse.

§ 3. Die bayr. Hypothekengesetzgebung v. J. 1822 baute sich auf dem bestehenden Rechtszustande auf und knüpfte zunächst an die bayr. Civilgesetzgebung vom Jahre 1756 an. Dieser Entwicklungsgang war schon um deßwillen der natürliche, weil das bayrische Landrecht von allen im rechtsrheinischen Bayern existirenden Partikularrechten das größte Geltungsgebiet besaß und selbst wieder — wenigstens im allgemeinen — auf dem Boden des die Jurisprudenz beherrschenden römischen Rechtes sich entwickelt hatte.

Es ergibt sich überdieß aus dem Kommentare, welchen v. Gönner zu dem aus seinem Entwurfe entstandenen Hypothekengesetze schrieb, daß er gerade bei Gestaltung der Hypothekarklage sich die einschlägigen Bestimmungen des bayr. Landrechtes zum Vorbilde genommen hatte.[1]) Es wird daher zum richtigen Verständnisse der kritischen Bestimmung des Hypothekengesetzes nothwendig sein, die Rechtslage näher zu betrachten, in welche sich nach den Vorschriften des bayr. Landrechtes der Erwerber eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes versetzte.

Schon zur Zeit der Erlassung des bayr. Landrechtes bestand in der Doktrin des gemeinen Rechtes ein lebhafter Streit, ob die Hypothekarklage als dingliche Klage ihr Petitum einzig

[1]) v. G. K. Band I S. 416*.

auf Herausgabe der verpfändeten Sache zu richten habe, wobei dem belangten Besitzer nur nachgelassen sei, durch Wegfertigung der Pfandschuld sich im Besitze zu erhalten oder ob die in der Gerichtspraxis aufgetretene Uebung, das Petitum alternative auf Herausgabe der Pfandsache oder Bezahlung der Pfandschuld zu richten, eine innere Berechtigung habe. In den v. Kreittmayerschen Anmerkungen zum bayr. Landrechte [2]), welche v. Gönner in seinem Kommentare in Bezug nimmt, werden mehrere Schriftsteller namhaft gemacht, welche theils für die erstere, theils für die zweite Meinung sich aussprachen, und es ist daher jedenfalls außer Zweifel, daß der Verfasser des bayr. Landrechtes sich der Tragweite dieser Streitfrage wohl bewußt war. Er hat sich denn, wie ein Blick auf den Gesetzestext Thl. II C. VI § 19 zeigt, mit Entschiedenheit der zweiten Meinung angeschlossen; denn an jener Stelle ist bestimmt, daß dasselbe alternative Petitum, welches bei Kumulirung der persönlichen Schuldklage mit der dinglichen Klage gegen den besitzenden Schuldner gerichtet wird, auch gegen den bloßen Besitzer am Platze sei und es wird dieß in Ziff. 7 mit der Erwägung motivirt, daß „der Possessor durch Entrichtung der Schuld sich ebenso wie der Debitor von der Klage entbinden kann."

Wörtlich genommen klingt diese Motivirung seltsam, [3]) denn die Möglichkeit durch Bezahlung einer Schuld die bezügliche Klage abzuwenden, bildet an sich gewiß keinen Verpflichtungsgrund; aber gerade der Umstand, daß diese Gesetzesvorschrift im Texte und zwar in solcher Weise motivirt wurde, dürfte

[2]) Anmerk. zu L. R. Thl. II C. VI § 19 lit. h.

[3]) Richtig aufgefaßt, wird der Gedanke der gewesen sein, daß der Possessor, weil er sich der Pfandklage gegenüber nur durch Bezahlung der Schuld im Besitze erhalten (der Klage sich erwehren) kann, gleich direkt auf Bezahlung belangt werden mag.

beweisen, daß sie als eine vom gemeinen Rechte abweichende aufzufassen sei.

In seinen Anmerkungen beruft sich v. Kreittmayer einerseits auf die Gerichtspraxis und anderseits auf mehrere Schriftsteller, von denen insbesondere Leyser und Musäus in Betracht kommen. Ersterer stützt seine Meinung, daß gegen die Besitzer alternative auf Bezahlung der Pfandschuld geklagt werden könne, auf eine Stelle des Kanonischen Rechtes,[4]) welche den Besitzer der mit einer Legalhypothek behafteten Sache bis zum Werthe der letzteren als für die Pfandschuld haftbar erklärt, und letzterer vertheidigt in seiner Dissertation eingehend die Statthaftigkeit der alternativen Klage, wobei er unter Anderem darauf hinweist, daß die Hypothekarklage nicht so fast den Besitz der Sache als die in deren Werth liegende Bezahlung der Pfandschuld anstrebe, sohin aus dem Vermögen des Besitzers die Bezahlung herbeiführen solle.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Hypothekarklage im bayerischen Landrechte eine wesentliche, den rein dinglichen Charakter derselben verwischende Umgestaltung erfahren habe.[5]) Der mit derselben belangte dritte Besitzer konnte allerdings — und dieß unterschied ihn noch immer von dem besitzenden Debitor — die zweite Alternative wählen, durch Abtretung der Pfandsache der Zahlungspflicht sich entziehen; allein es bedarf keiner besonderen Beweisführung, daß dieser Weg nur in den allerseltensten Fällen eingeschlagen wurde. Wer eine Sache

---

[4]) cap. 5 X de pign.

[5]) Wenn es richtig ist, was namhafte Rechtslehrer (cf. Sintenis Civilrecht III. Aufl. § 67 Note 2) behaupten, daß nach römischem Rechte das Pfandrecht kein jus in re, sondern eine obligatio rei sei, so bestünde m. E. auch vom Standpunkte des römischen Rechtes kein zwingender Grund, eine solche Gestaltung der Pfandklage als unnatürlich von der Hand zu weisen.

um ihres wirthschaftlichen Werthes willen erwirbt, wird sie behalten wollen und da im vorigen Jahrhunderte der Grundbesitz gegenüber dem mobilen Vermögen eine überwiegende Bedeutung hatte und insbesondere auf dem Lande die Grundlage der wirthschaftlichen Existenz bildete, kam es, so lange der mit der Hypothekarklage Belangte noch flüssig zu machendes mobiles Vermögen hatte, sicherlich nicht zur Abtretung des verpfändeten Grundstückes.

Ein weiterer Unterschied würde dann gegeben sein, wenn feststünde, daß der verklagte Besitzer, wenn er keiner der beiden Alternativen gerecht wurde, nicht exekutionsweise zur Zahlung gezwungen werden durfte, sondern nur Wegnahme der Pfandsache zu gewärtigen hatte. Es könnte dieß vielleicht aus der Bemerkung in v. Kreittmayer's Anmerkungen (lit. i) gefolgert werden, daß im Falle der Zahlungsweigerung das Pfand allenfalls exekutiv weggenommen werde.

Allein diese immerhin sehr unbestimmt lautende Stelle der Anmerkungen konnte gegenüber der im Gesetzestexte ausgesprochenen Gleichstellung der alternativen Klage gegen den Possessor mit der kumulirten Klage gegen den Schuldner ein entscheidendes Gewicht nicht beanspruchen und da insbesondere bei den häufigeren Zinsklagen auch der wohldenkende Gläubiger keinen Grund hatte, sofort auf die härtere Immobiliarexekution zu dringen und den Schuldner wegen eines geringen Rückstandes von Haus und Hof zu jagen, hatten mangels eines unzweideutigen Verbotes auch die Gerichte keinen Anlaß, sofort mit der Immobiliarexekution vorzugehen und nicht vorerst eine mildere Exekutionsart gemäß der in der Gerichtsordnung C. XVIII § 3 gegebenen Regel in Anwendung zu bringen. Dieser in der Exekution liegende Unterschied also mußte sich, wenn er anfänglich bestand, allmählig verwischen. Hiefür spricht, daß auch bei der dinglichen Klage nach § 51 des Hypothekengesetzes die

Praxis die ausschließliche Zuläßigkeit der Immobiliarexekution nicht aufrecht erhielt[6]) und daß später auch von Gönner den dritten Besitzer, welcher von dem ihm zustehenden Abtretungsrechte keinen Gebrauch macht, einfach als Debitor behandelt wissen wollte.

Unter solchen Umständen aber mußte sich der dritte Besitzer einer mit Hypothek belasteten Sache in der That als Schuldner betrachten und sich als solcher behandeln lassen und daß die Sache sich so verhielt, ergibt sich aus der Erörterung, welche von Gönner im Jahre 1819 zu einer Verordnung vom 22. Februar 1814 veröffentlichte.[8])

§ 4. Ehe hierauf näher eingegangen werden kann, sind noch zwei weitere Bestimmungen des bayer. Landrechtes zu erwähnen, welche die Rechtslage des dritten Besitzers wesentlich beeinflußten. Nach L. R. Thl. II C. VI § 20 Nr. 1 konnte der dritte Besitzer der Hypothekarklage gegenüber die Einrede der Vorausklage des Hauptschuldners dann nicht vorschützen, wenn er beim Erwerbe der Pfandsache von deren Verstrickung Wissenschaft hatte, und nach Thl. IV C. III § 10 Nr. 2 konnte der Käufer wegen des aus der Verpfändung der Kaufsache ihm zugehenden Nachtheiles bei dem Verkäufer keinen Regreß mehr suchen, wenn letzterer das Bestehen des Pfandes bekannt gegeben und ersterer diese Bürde übernommen hatte.[1]) Durch die erstere Bestimmung wurde gegebenen Falles die subsidiäre Zahlungspflicht des dritten Besitzers zu einer

---

[6]) Seuffert Kommentar z. G. O. 2. Auflage Band II S. 294 Note 14.

[7]) v. G. K. Band I S. 450.

[8]) Jahrbücher der Gesetzgebung u. Rechtspflege Band II S. 127 ff.

[1]) Wohl zu beachten ist, daß hier das Gesetz als übernehmbare Bürden neben dem Pfande auch fremden Besitz und Dienstbarkeiten aufführt!

primären, durch die letztere aber wurde diesem die Möglichkeit benommen, seine Pflicht hinterher auf den kontraktbrüchigen Auktor abzuwälzen.

Die Voraussetzungen, unter welchen das eine und das andere eintrat, hier das „Wissen" dort das „Uebernehmen" sind genau betrachtet dasselbe, wie denn auch v. Kreittmayer in den Anmerkungen beide Ausdrücke promiscue gebraucht.[2]) Bei diesem „Uebernehmen" von der Sache anhaftenden Bürden handelte es sich aber nicht um einen erst den Uebergang vermittelnden Willensakt, sondern nur um Genehmhaltung eines durch den Erwerb der Sache von selbst sich vollziehenden Ueberganges, um das bloße Einverständniß damit, daß die Bürde (Hypothek) auf der Sache lasten bleibe. Wer aber weiß, daß die von ihm zu erwerbende Sache mit einer Hypothek belastet ist und die Sache mit dieser Bürde erwirbt, der hat auch die letztere in vorstehendem Sinne „übernommen." Von einer „Schuldübernahme" im Sinne der modernen Doktrin ist daher hier keine Rede, wenn auch aus dem Uebernehmen der Hypothek indirekt eine Schuld des Uebernehmers resultirt. Ob der Käufer hiebei wegen des ihm durch Uebernahme der Hypothek erwachsenden Nachtheils sich eine Ausgleichung bedingt m. a. W. ob er deßhalb einen Abzug an dem an sich vereinbarten Kaufpreise macht, ist für Anwendung dieser landrechtlichen Bestimmung gleichgiltig; eine solche „Abrechnung" ist nur insoferne von Bedeutung, als sie einen sicheren Schluß auf die erfolgte Hypothekübernahme ziehen läßt.[3])

[2]) In den Anmerkungen zu Thl. IV C. III § 9 u. 10 n. 4 lit. d wird der Regreß des Käufers für ausgeschlossen erklärt, wenn derselbe um die Last „gewußt" hat. — cf. unten § 6.

[3]) Auch andere, den wirthschaftlichen Nutzen eines Immobile verringernde Bürden, z. B. Nutznießungs- und Wohnungsrechte werden und wurden auch schon mit einem entsprechenden Geldanschlage am Kaufschillinge abgerechnet.

Ueber die Anwendbarkeit der oben erwähnten Bestimmung wegen Ausschlusses der Einrede der Vorausklage entstand nun in der Rechtssprechung nach einer bestimmten Richtung hin Streit. In der bayer. Gerichtsordnung[4]) nämlich, welche vor dem bayer. Landrechte promulgirt worden war, hatte der Gesetzgeber dem Gläubiger, welchem ein im Besitze eines Gantschuldners befindliches Gut von einem früheren Eigenthümer verpfändet worden war, das Recht der Quasiseparation d. h. die Befugniß eingeräumt, seine Befriedigung aus diesem Gute vor all den übrigen Gläubigern des Kridars zu suchen. Dieses Vorrecht fußte auf dem Gedanken, daß ein solcher Gläubiger, wenn er lediglich die dingliche Hypothekarklage geltend macht, nichts mit der Person des Kridars zu thun habe, sondern sich lediglich an das ihm von anderer Seite verpfändete Vermögensstück halte; es war aber an die Voraussetzung geknüpft, daß der Gläubiger vorher vergeblich seine Befriedigung bei dem ursprünglichen Pfandschuldner bezw. dessen Erben und Bürgen gesucht habe. Es wurde nun gestritten, ob in dieser Voraussetzung ein Analogon des beneficii excussionis zu erblicken und sie daher dann nicht nothwendig sei, wenn der Kridar beim Erwerbe des Gutes um die fragliche Hypothek gewußt habe. Dieser Streit wurde dann durch die Verordnung vom 22. Februar 1814[5]) dahin entschieden, daß die Vorschrift in L. R. Thl. II C. VI § 20 Nr. 1 auch dem Quasiseparatisten gegenüber Anwendung finde, d. h. daß dieser „falls der Gemeinschuldner die auf der erworbenen Sache vorher hypothezirten Schulden jedoch ohne Einwilligung des Gläubigers übernommen hat“ sich nicht vorerst an seinen persönlichen Schuldner verweisen zu lassen habe.

[4]) G. O. C. XX § 18 Nr. 1.

[5]) Reg. Bl. S. 353.

Diese authentische Interpretation gibt zunächst zu einer doppelten Bemerkung Anlaß. Fürs Erste nämlich ist hier umgekehrt das „Uebernehmen" für „Wissen" gebraucht, wie Kreittmayer in der vorallegirten Stelle das letztere für das erstere nimmt und fürs Zweite wird trotz der Uebernahme der Hypothekschuld das auf dinglicher Grundlage fußende Quasiseparationsrecht gewährt, ein persönliches Schuldverhältniß des Hypothekübernehmers aber für den Fall der Nichtmitwirkung des Gläubigers in keiner Weise verwerthet.[6])

Zu dieser Verordnung hat nun v. Gönner im zweiten Bande der durch ihn und v. Schmidtlein herausgegebenen Jahrbücher eine Erläuterung veröffentlicht, in deren Verlauf er sich bemüht, die persönliche Haftung des dritten Besitzers eines verpfändeten Gutes, der die Pfandschuld beim Erwerbe des letzteren übernommen hat, unter einen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen. Er betont hiebei zunächst, daß der Erwerber eines Hypothekenobjektes, der dessen Verstrickung kannte, dem Hypothekgläubiger gegenüber als unredlicher Besitzer zu erachten

[6]) Mir ist daher nicht erklärlich, wie der Verfasser des Aufsatzes in der Zeitschrift für das Notariat (J. 1870 S. 97 ff.) zur Begründung seiner Ansicht, daß der Hypothekübernehmer in ein seinen Besitz überdauerndes persönliches Schuldverhältniß trete, sich auf den durch die fragliche Verordnung geschaffenen Rechtszustand berufen konnte. Abgesehen davon nämlich, daß diese sich nur mit dem noch besitzenden Hypothekübernehmer (Kridar) beschäftigt, folgt doch aus einer Bestimmung, wonach der Gläubiger sein dingliches Hypothekrecht gegen den der Einrede der Vorausklage verlustig gewordenen Besitzer in dessen Konkurse ohne weitere Vorbedingungen geltend machen kann, gewiß nicht, daß er auch sein persönliches Forderungsrecht und zwar ohne Rücksicht auf den Besitz des Uebernehmers gegen diesen jederzeit einzuklagen vermöchte. (In dem nacherwähnten Aufsatze v. Gönners ist ausdrücklich und wiederholt hervorgehoben, daß die Geltendmachung des Quasiseparationsrechtes identisch sei mit der Anstrengung der dinglichen Hypothekarklage.)

sei und glaubt dann weiter, in der Uebernahme der Hypothekschuld ohne Zustimmung des Gläubigers eine eigenthümliche Assignation finden zu können, die sich durch nachträgliches Hinzukommen solcher Zustimmung kurzweg in eine Delegation verwandle.[7]) Ob dieser Konstruktionsversuch glücklich war oder nicht, kann hier dahin gestellt bleiben, v. Gönner hat ihn auch später in seinem Kommentare nicht mehr reproduzirt;[8]) genug, daß v. Gönner eine solche persönliche Haftung des dritten Besitzers als etwas thatsächlich Gegebenes, bereits außer Zweifel Stehendes behandelt, denn es beweist dieß unwiderleglich, daß diese Haftung auf Grund der landrechtlichen Bestimmungen sich unbestrittene Anerkennung verschafft hatte.

Der Ausgangspunkt dieser Rechtsentwicklung war und blieb aber die actio hypothecaria des bayerischen Landrechts bezw. die hiemit geschaffene Zahlungspflicht des Possessor, denn der Ausschluß der Vorausklage und des Regresses im Falle der „Hypothekübernahme" bewirkten nur eine Qualifikation jener regelmäßig dem Besitzer der Pfandsache obliegenden persönlichen Haftung, die sie besonders grell hervortreten ließ; und wenn diese Rechtsentwicklung der modifizirten Hypothekarklage entstammte, so steht weiter außer Zweifel, daß sie nur neben der dinglichen Haftung und nur unter denselben Voraussetzungen eintrat, unter welchen die Hypothekarklage erhoben werden konnte, daß also nur der gegenwärtige

---

[7]) Diese Ausführungen hängen mit dem nächsten Zwecke des Aufsatzes (Erläuterung des durch die Verordnung von 1814 definirten Quasiseparationsrechtes) nur äußerlich zusammen. Hier spricht v. Gönner nicht als Kommentator der erwähnten Verordnung.

[8]) Nur ein Ueberbleibsel dieser Konstruktionsversuche dürfte es sein, daß im Eingange des § 56 d. H. G. vom „redlichen" Besitzer gesprochen wird; und eine ganz andere „Unredlichkeit" des Besitzers ist die, welche im Kommentare Band I S. 452 in's Auge gefaßt wird. (Vergl. unten § 4.)

Besitzer oder der nach dem Gesetz als solcher Geltende als persönlich zahlungspflichtig von dem Hypothekgläubiger in Anspruch genommen werden konnte.

Groß war der Schritt auch keineswegs, der von der Bestimmung des bayr. Landrechts in Thl. II. C. VI. 19 n. 6 zu diesem Resultate führte; denn selbst bei engster Interpretation dieser Bestimmung bleibt die Verschiedenheit der landrechtlichen Hypothekarklage und der gemeinrechtlichen actio hypothecaria unverkennbar.

Auch dann trifft noch immer bei ihr zu, was Regelsberger[9]) hinsichtlich der dinglichen Klage des bayrischen Hypothekengesetzes bemerkt, daß sie im Grunde eine gegen den Besitzer des Hypothekenobjektes gerichtete Forderungsklage, eine actio in rem scripta ist.[10]) Sie hat eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der in Thl. IV. C. XVI. § 7 des bayr. Landrechtes gegenüber dem gemeinen Rechte gleichfalls erheblich modifizirten Noxalklage, denn hier wie dort ist es der Besitz der „res obligata", welcher den Besitzer zahlungspflichtig macht, und es wird später noch sich die Veranlassung ergeben, diese Analogie näher zu berühren.

Daß v. Kreittmayer diese eigenartige Gestaltung der Hypothekarklage, wenn nicht völlig durchgeführt, so doch angebahnt hat, kann nicht verwundern, da derselbe vielfach germanistischen Anwandlungen nachgab und angesichts der Thatsache, daß in München neben dem Hypothekdarlehen der loco mutui

---

[9]) Bayr. Hypothekenrecht S. 34 ff.

[10]) Nach römischen Rechte war die actio hypothecaria auf Einräumung des Besitzes gerichtet, die Möglichkeit durch Anerbieten der Zahlung der Klage auszuweichen, bildete einen Rechtsbehelf des Beklagten. Die Hypothekarklage des bayer. Rechtes geht auf Zahlung und die Einräumung des Besitzes ist zum Rechtsbehelfe des Beklagten geworden.

eingeführte[11]) deutschrechtliche Rentenkauf einher ging, kein Bedenken tragen mochte, die Immobiliarhypothek in ihren Wirkungen gegenüber dem dritten Besitzer des Hypothekenobjektes der Reallast zu nähern.[12])

§ 5. Dieß war die rechtliche Lage desjenigen, der eine mit einer Hypothek belastete Sache erwarb, zur Zeit der Abfassung des bayr. Hypothekengesetzes in dem bedeutendsten Gebiete des Staates. Daß v. Gönner bei seinem Gesetzentwurfe diese Lage vor Augen hatte, beweist direkt der Vortrag, mit welchem er den Entwurf dem Staatsrath vorlegte und welcher die Motive desselben darstellt. In diesem Vortrage, in welchem — nebenbei gesagt — die hypothekarisch versicherten Forderungen bezeichnender Weise geradezu unter die Reallasten gereiht werden, nimmt v. Gönner ausdrücklich auf das ältere Hypothekenrecht und die Verordnung vom 22. Febr. 1814 Bezug, und bemerkt, daß der in letzterer zu Grund gelegte Unterschied (ob der dritte redliche Besitzer die eingetragenen Hypotheken übernommen hat oder nicht) auch im neuen Hypothekensystem einen, wie wohl verschiedenen praktischen Werth habe.[1]) Im letzteren Falle nämlich hafte der dritte Besitzer nicht weiter als der Werth der Sache hinreicht, in diesem Falle seien die Hypothekschulden nur eine Reallast, von der sich der Besitzer durch Abtretung[2]) der Sache befreien könne, im ersteren

[11]) cf. Anmerkung zu L. R. Thl. II C. III § 21 Nr. 9 und Dernburg Pfandrecht Band II S. 10 Note 19.

[12]) cf. Anmerkungen zu L. R. Thl. II C. VI § 1 lit. e. Dann zu Thl. II C. X § 24 n. 4 lit. b u. Thl. IV C. VII § 33 n. 5.

[1]) Verschieden, weil v. Gönner hier nur das in der Verordnung v. Jahre 1814 geregelte Quasiseperationsrecht, nicht aber die im Gesetze nicht direkt ausgesprochene der Abtretungsbefugnis entkleidete persönliche Haftung als bisheriges Hypothekenrecht im Auge hatte.

[2]) Wohlgemerkt durch Abtretung an den Gläubiger (wie dieß ja der Text des vorgeschlagenen Paragraphen ausspricht) und nicht durch Veräußerungen an einen Dritten, von welcher hier keine Erwähnung

Falle aber hafte er auch mit seinem übrigen Vermögen. Betrachten wir nun den Text des § 56 des Hypothekengesetzes (§ 54 des Entwurfes), der unverändert und ohne Debatte die verschiedenen Berathungsstadien durchlaufen hat.

Es schließt sich diese Gesetzesstelle dem Sinne nach an § 54 l. c. an und lautet:

„Die Haftung des dritten redlichen Besitzers für sämmtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüchen dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt; es wäre denn, daß er diese Schulden besonders übernommen hätte, in welchem Falle er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muß, und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann."

Der Wortlaut läßt nicht verkennen, daß § 56, was die Diktion betrifft, jene Mängel zeigt, welche Regelsberger mit Recht an der Redaktion des Hypothekengesetzes rügt. Wenn unter „Hypothek" der Pfandnexus (die dingliche Bürde) verstanden wird, so hätte Gönner der eingetragenen Hypothek nur die vorgemerkte Hypothek gegenüber stellen können, wenn er aber Hypothek als gleichbedeutend mit Hypothekforderung nahm, hätte er von eingetragenen und vorgemerkten Forderungen sprechen müssen. Auch das erscheint nicht korrekt, daß in ein und demselben Satze die Schulden, welche der Besitzer übernommen hat, als übernommene Forderungen bezeichnet werden.

Ein größeres Bedenken als diese den Sinn nicht wesent-

geschieht und welche daher hier nicht für den Fall der Nichtübernahme der Hypotheken als Erlöschungsgrund der Haftung erklärt ist, so daß für den Fall der Uebernahme das Gegentheil zu folgern wäre.

lich beeinträchtigenden Verstöße erregt der Ausdruck: „redlicher" Besitzer.[3]) Da hier der „Besitzer" regelmäßig auch der „Eigenthümer" ist und wie v. Gönner in seinem Kommentare Band I S. 452 mit Recht hervorhebt, die Frage, ob der thatsächliche Besitzer (Nichteigenthümer) dem Eigenthümer gegenüber als bonae fidei oder als malae fidei possessor zu erachten sei, für das Hypothekenrecht belanglos ist, kann hier der Ausdruck „redlicher Besitzer" gewiß nicht in dem Sinne gebraucht sein, welchen er in der Rechtssprache gewöhnlich hat. Aber in welch' anderem? Nach der vorerwähnten Stelle des Kommentars könnte es den Anschein gewinnen, als ob unter dem unredlichen Besitzer im Gegensatze zum redlichen der zu verstehen sei, welcher das Gut in der Absicht, den Gläubiger durch die Besitzveränderung zu schädigen, erworben hätte. Ich weiß nicht, ob der Fall eines ernstlichen Besitzerwerbes zu diesem Zwecke praktisch denkbar ist, jedenfalls ist er sehr gesucht. Wenn man aber auch annimmt, daß diese Unredlichkeit des Besitzerwerbes dem Gesetzgeber vorschwebte, so wird man doch folgern dürfen, daß das Gesetz, wenn es einmal diesen Gegensatz zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit hervorhob, auch die Folgen der letzteren normirt habe. Ausdrücklich ist das nicht geschehen und der v. Gönner'sche Kommentar belehrt uns, daß die Normirung dieser Folgen nicht im Hypothekengesetze sondern im Civilrechte und sie selbst nicht etwa — was man per argumentum e contrario aus § 56 allenfalls herauslesen könnte — in dem Ausschluß der haftungsbefreienden Gutsabtretung, sondern in einer Schadensersatzverbindlichkeit zu suchen seien![4])

---

[3]) Auch im § 54 ist vom redlichen Besitze die Rede.

[4]) Dieser civilrechtlichen Wirkungen halber wäre der redliche Besitz gewiß nicht an zwei Stellen im Hypothekengesetze hervorgehoben worden.

[5]) v. Gönner i. v. Schmidtlein Jahrbücher II S. 134.

Nun hat aber v. Gönner in seinem oben allegirten, unmittelbar vor Entwerfung des Hypothekengesetzes geschriebenen Aufsatze[5]) mit Nachdruck hervorgehoben, daß derjenige, „welcher bei Erwerbung der hypothezirten Sache von der darauf haftenden Hypothek Wissenschaft und in die Uebernahme der Schuld eingewilligt hat", deßhalb mit Recht der exceptio excussionis verlustig sei, weil er, bezogen auf die ihm bekannte Hypothek, nicht mehr als dritter redlicher Besitzer erachtet werden kann.

Wir haben hier einen Begriff des „redlichen Besitzers", der in den Rahmen des § 56 in so ferne vollständig paßt, als hier eine Rechtsfolge an die Uebernahme (Kenntniß) der Hypothek geknüpft ist, welche als Folge der in solcher Kenntniß begründeten Unredlichkeit aufgefaßt, diese in einen entsprechenden Gegensatz zu der milder behandelten Redlichkeit brachte.[6]) Es liegt nahe, daß der in jenem Aufsatze festgehaltene Begriff des redlichen und unredlichen Besitzers, welcher als Analogon des bonae und malae fidei possessor in Beziehung auf fremdes Eigenthum eine gewisse Berechtigung hat, dem Verfasser des Hypothekengesetzes auch bei Formulirung der §§ 54 und 56 vorschwebte. Allein in welchem Lichte zeigt sich dann die Redaktion des § 56! Statt dem redlichen Besitze den unredlichen entgegenzusetzen, wird das Substrat des letzteren Begriffes (die Hypothekübernahme) hervorgehoben und hiebei übersehen, daß sprachlich das Attribut der Redlichkeit den Besitzer durch den ganzen Paragraphen begleitet und daher schließlich ein redlicher Besitzer zum Vorschein kommt, der die Hypothek gekannt hat, d. h. ein unredlicher ist.

So hätten wir denn in dem Ausdrucke „redlicher Besitzer" das sinnstörende Ueberbleibsel eines nicht festgehaltenen Gedankenganges zu erblicken, welches hinterher v. Gönner durch Ver-

---

6) Sieh' unten § 6 Note 7 b.

weisung auf ein anderes Gebiet unschädlich zu machen suchte. Dieß vorausgeschickt, soll nun die hier fragliche Bestimmung des § 56 näher betrachtet werden.

§ 6. Jedem, der diesen Gesetzesparagraphen vorurtheilsfrei liest, wird es unbestreitbar erscheinen, daß im ganzen Verlaufe desselben nur von dem derzeitigen Besitzer der Pfandsache die Rede ist. Nur wer thatsächlich noch besitzt, kann das Gut abtreten und wenn ihm unter einer gewissen Voraussetzung die schuldbefreiende Wirkung solcher Abtretung versagt und ausgesprochen wird, daß er auch mit seinem übrigen Vermögen hafte, so ist doch klar, daß er noch im Besitze des den Gegensatz dieses übrigen Vermögens bildenden Hypothekenobjektes gedacht ist. Unverkennbar ist ferner und wird auch durch die oben allegirte Stelle aus dem Vortrage v. Gönners bestätigt, daß der Schwerpunkt auf dieser erweiterten Haftung mit dem übrigen Vermögen ruht, und daß die Bezeichnung des Drittbesitzers als Schuldner[1]) und des gegen ihn zu erhebenden Anspruchs als persönliche Klage nur die aus jener Haftungserweiterung gezogenen Konsequenzen bilden. Angesichts dieses glatten Ergebnisses der grammatikalischen Interpretation ist gewiß die Frage berechtigt, aus welchen Gründen der Verfasser des Aufsatzes im Band XXVI. der Bl. f. R. A. und die ihm folgende Gerichtspraxis die in § 56

---

[1]) Der Ausdruck „als Schuldner" hat hier nicht mehr Gewicht als die Bezeichnung „als Debitor", welche v. Gönner in seinem Kommentare I S. 450 auf den Possessor als solchen anwendet, wenn derselbe freiwillig von der Abtretungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat. — In den oben citirten Motiven spricht v. Gönner von einer Uebernahme der Hypothek „als Schuldner" aber mit Bezug auf das bereits bestehende Recht d. h. im Anschlusse an die vorausgehende Bemerkung, daß die Uebernahme der Hypothek schon bisher von Bedeutung war. Als Wirkung der Uebernahme ist in den Motiven nur die Haftung mit dem übrigen Vermögen hervorgehoben.

hinsichtlich des gegenwärtigen Besitzers getroffene Bestimmung auch auf den ehemaligen Besitzer anwendbar erklären konnten, und wenn auf diese Frage mit dem durch seine vielfältige Wiederholung nicht stichhaltiger gewordenen Argumente geantwortet wird, ein einmal begründetes Obligationsverhältniß währe naturgemäß fort, bis ein vom Civilrechte anerkannter Erlöschungsgrund in Mitte trete, so vermag sicherlich mit dieser eklatanten petitio principii die Beweislast nicht abgewälzt zu werden. Handelt es sich ja bei Interpretation des § 56 l. c. erst um Untersuchung der Frage, welches obligatorische Band der Gesetzgeber um den Hypothekübernehmer geschlungen habe, und da Schuldverhältnisse, welche an den Besitz einer Sache geknüpft sind, mit Beendigung dieses Besitzes also untergehen, nicht einmal im römischen Rechte (actiones in rem scriptae!) geschweige denn im deutschen Rechte (Reallasten!) etwas Unerhörtes sind, wäre denn doch erst festzustellen, daß der den gegenwärtigen Besitzer als Schuldner behandelnde Gesetzgeber nicht ein solches an den Besitz der Pfandsache geknüpftes, sondern ein von der Besitzdauer unabhängiges Obligationsverhältniß kreirt habe. In dieser Beziehung aber wurde die Beweisführung der Gegner im Laufe der Jahre immer kärglicher und man beschränkte sich schließlich darauf, zu behaupten, der Gesetzestext spreche klar für die fortdauernde Haftung des ehemaligen Besitzers![2])

[2]) Auch hier muß auf die landrechtliche Noxalklage hingewiesen werden, deren Bestimmungen der Redaktion des § 56 l. c. angepaßt dahin gehen, daß der Eigenthümer des schadenstiftenden Thieres zum Schadensersatze verpflichtet ist, sich aber durch Abtretung des Thieres von dem Anspruche befreien kann; es wäre denn, daß das Thier wegen Bösartigkeit nicht acceptabel ist, in welchem Falle der Eigenthümer mit seinem übrigen Vermögen für den Schaden aufzukommen hat. So viel mir bekannt hat noch Niemand behauptet, daß bei ausnahmsweisem Ausschlusse der noxae datio auch derjenige schadensersatz-

Ohne Rücksicht auf die Beweislast soll nur in Folgendem dasjenige zusammengestellt werden, was den engeren Sinn der Gesetzesworte als den richtigen erscheinen läßt. Die Vorgeschichte der kritischen Gesetzesbestimmung, wie sie oben dargelegt wurde, kann von den Gegnern gewiß nicht verwerthet werden, denn sie zeigt, daß schon auf Grund der landrechtlichen Bestimmungen der dritte Besitzer der Pfandsache als Schuldner der Pfandschuld behandelt wurde, aber vom Standpunkte der actio hyp. aus d. h. nur so lange, als wirklicher bezw. fingirter Besitz seinerseits vorhanden war. In diesen Grenzen brauchte v. Gönner nichts Neues zu schaffen, konnte sich vielmehr darauf beschränken, die Ergebnisse der älteren Rechtsentwicklung in das Hypotheksystem einzufügen und vor etwaiger Bestreitung sicher zu stellen. Weiter zu gehen hatte er aber nicht die geringste Veranlassung. Ein lediglich auf einem Vertrage zwischen Veräußerer und Erwerber des Hypothekenobjektes beruhendes, von dem Besitze des letzteren vollständig losgelöstes Obligationsverhältniß hat mit dem Hypothekenrechte überhaupt nichts zu schaffen und v. Gönner hatte daher keine Veranlassung, die Frage der Schuldübernahme, welche dem Civilrechte angehört, für das Hypothekenrecht einseitig zu beantworten.[3]) Er hatte aber insbesondere zu einer solchen Verschlechterung der Rechtslage des dritten Besitzers, wie sie jetzt aus § 56 herausgelesen werden will, keine Veranlassung, denn der ausgesprochene Zweck, der bei Erlaß des Hypothekengesetzes verfolgt wurde, war die Hebung des Realkredites, dieser aber wäre durch eine solche Bestimmung nicht gehoben sondern geschädigt worden. Der Realkredit fußt auf dem durch das Pfandrecht dem Gläubiger gesicherten Verkaufswerthe der Pfandsache. Die Aussicht, durch spätere Veräußerungen der Pfandsache persönliche Schuldner zu

---

pflichtig bleibt, der bona fide vor Anstellung der Klage das Thier veräußert hat.

[3]) v. G. K. I S. 410 § 1 Abs. 2.

acquiriren, deren Kreditwürdigkeit völlig unbestimmbar ist, wird wohl keinen Kapitalisten veranlassen, ein Gut zu belehnen, das er außerdem nicht belehnen würde[4]) oder es höher zu belehnen, und wenn er es thun würde, geschähe es nicht wegen des Realkredits. Anderseits aber würde die Aussicht auch im Falle einer Weiterveräusserung für die übernommenen Hypotheken aufkommen zu müssen, die Reihe derjenigen, welche ein hypothekbelastetes Immobile zu kaufen geneigt wären, erheblich lichten und daher ungünstig auf den die Grundlage des Realkredites bildenden Verkaufswerth der Immobilien einwirken. Eine Umgehung dieser Unzukömmlichkeit dadurch, daß der Verkäufer die bestehenden Hypotheken zurückzahlt und dafür neue aufnimmt, ist nicht nur ein kostspieliger Umweg, sondern auch zwecklos, theils weil damit der Käufer sich erst recht sicher in dauernde Schuldverhältnisse verwickeln würde, theils weil plötzliche Zurückzahlungen der Kapitalien für den Kapitalisten unbequem und geeignet wären, das Kapital dem Realkredite zu entfremden. Wenn aber trotzdem v. Gönner eine so einschneidende Bestimmung zur Aufnahme in das Hypothekengesetz hätte bringen wollen, eine Bestimmung, die mit dem bisherigen Rechtszustande und den Gepflogenheiten des Verkehrslebens bezw. den An- und Absichten der Bevölkerung gewiß nicht harmonirte, so würde er ohne Zweifel nicht nur im Gesetzestexte sie entsprechend zum Ausdrucke gebracht,[5]) sondern auch in seinem Vortrage an den

---

[4]) Regelmäßig wird für den Darleiher lediglich der Werth des Hypothekenobjektes maßgebend sein. Wenn er ausnahmsweise auf die Persönlichkeit des Darlehensempfängers ein Gewicht legt, so pflegt er seinem Interesse daran, daß das Gut nicht an einen Kreditunwürdigen verkauft werde, dadurch Rechnung zu tragen, daß er entweder für den Fall des Verkaufes die Fälligkeit seiner Forderung stipulirt oder durch Stipulirung einer Dispositionsbeschränkung sich die Mitwirkung bei der Weiterveräußerung sichert.

[5]) Das Hypothekengesetz befleißigt sich noch nicht jener Wortkargheit, die in neueren Gesetzen zu Tage tritt.

Staatsrath sie motivirt und in seinem Kommentare des näheren erläutert haben.

Nun will allerdings behauptet werden, der Text des § 56 l. c. bringe diese Bestimmung deutlich zum Ausdrucke; allein wo ist ihre Motivirung und Erläuterung im Commentare? Und wenn die Worte des Entwurfes so deutlich den Sinn erkennen ließen, den die Gerichtspraxis jetzt in den gleichlautenden Worten des Gesetzes findet, wie kommt es, daß die mit Berathung des Gesetzentwurfes betrauten Körperschaften, in denen die Juristen zahlreich vertreten waren und denen der „klare" Sinn des vorgeschlagenen Paragraphen doch auch zugänglich gewesen sein wird, kein Wort über eine Neuerung verloren haben, deren fatale Folgen für den Grundbesitzer in der jüngsten Session der Kammer der Abgeordneten eine fast ausnahmslose Reagirung gegen die Gerichtspraxis hervorriefen? Und wie kommt es, daß in den ersten Dezennien der Geltung des Hypothekengesetzes meines Wissens Niemand den „richtigen" Sinn des § 56 entdeckte, bis Dr. Hermann Seuffert ihn fand?

Vergeblich berufen sich die Gegner darauf, daß in dem Kommentare v. Gönners, wenn auch nicht direkt die Fortdauer der persönlichen Haftung nach Aufgabe des Besitzes besprochen, so doch in solcher Weise die obligatorische Haftung als eine Folge der in der Hypothekübernahme liegenden „unvollständigen Delegation" hingestellt sei, daß hieraus auf die Fortdauer der Haftung über die Dauer des Besitzes hinaus geschlossen werden könne.

Zu Ehren v. Gönner's ist in dieser Richtung vor Allem zu betonen, daß die „unvollständige Delegation" von ihm nicht so fast als rechtliche Grundlage der vom Gesetze statuirten persönlichen Haftung, sondern als Bezeichnung für eine thatsächliche Voraussetzung derselben erwähnt wird. Eine rechtliche Bedeutung kann dieses Bruchstück eines Vertrags ohnehin nicht

beanspruchen, denn wenn der verkaufende Debitor mit seinem Käufer vereinbart, daß dieser statt seiner Schuldner werde, so hat diese Vereinbarung vor Beitritt des Gläubigers keine Wirkung, am allerwenigsten aber die, daß der Gläubiger zwar seinen Beitritt (die Vervollständigung der allein intendirten Delegation) verweigern, aber den proponirten Delegaten neben seinem früheren Schuldner als Mitschuldner behandeln könnte.[6]) Aus der Aeußerung der Genugthuung [7]) ferner, die v. Gönner auf Seite 455 des Kommentares über den durch die Gesetzesfassung nunmehr erzielten Ausschluß jeden Zweifels hinsichtlich der Voraussetzungen der persönlichen Haftung des Drittbesitzers vernehmen läßt, ergibt sich deutlich, daß er die ja nicht im Gesetze kreirte „unvollständige Delegation" als sichere Grundlage solcher Haftung keineswegs angesehen hat. Daß er aber hiebei an eine über die Besitzdauer hinausreichende Haftung gedacht habe, ergibt sich weder aus dieser Aeußerung noch aus sonst einer Stelle seines Kommentars. Im Gegentheile enthält die zu § 50 gegebene Erläuterung im dritten Absatze des § I ein gewichtiges Argument für die hier vertretene Ansicht.

An fraglicher Stelle zählt v. Gönner und zwar in dem erkennbaren Bestreben, es erschöpfend zu thun, die dem Gläubiger zustehenden Rechtsbehelfe auf und erwähnt hiebei unter Allegirung der §§ 50 und 65 insbesondere die dem Gläubiger durch Anstellung der dinglichen Klage nicht verkümmerte Befugniß, sich an den Hauptschuldner oder den allenfallsigen Bürgen bezw. Regreßpflichtigen zu halten. Wenn nun der ehemalige Besitzer des Pfandes wegen der seinerzeitigen Hypothekübe r-

---

[6]) Regelsberger im Archiv f. c. Pr. Band 67 S. 30.

[7]) Hätte v. Gönner den heftigen Streit voraussehen können, der später in Doktrin und Rechtssprechung um die „Schuldübernahme" entbrannte, so wäre der Ausdruck seiner Genugthuung wohl noch lebhafter ausgefallen. — Vergl. unten § 9.

nahme von dem Kommentator noch als Schuldner erachtet worden wäre, so hätte er hier von der auch gegen ihn möglichen persönlichen Klage um so sicherer eine Erwähnung gemacht, als er unmittelbar nachher auf § 56 l. c. Bezug genommen hat. Letzteres geschah aber nur in dem Sinne, daß hiemit die Möglichkeit einer Kumulirung der dinglichen und persönlichen Klage [7]) gegen den dritten Besitzer belegt werden sollte.[8])

Zeigt dieß nicht deutlich, daß v. Gönner die persönliche Klage gegen den dritten Besitzer sich nur in Verbindung mit der dinglichen, nicht aber auch dann noch als statthaft dachte, wenn der Wegfall des Besitzes die dingliche Klage ausgeschlossen hat? [9])

Aus all' diesem scheint mir mit Evidenz hervorzugehen, daß v. Gönner zwar die persönliche Haftung d. h. die Haftung mit dem ganzen Vermögen, wie sie sich auf Grund der landrechtlichen Bestimmungen herausgebildet hatte und welche einem unbestreitbaren Bedürfnisse des Rechtsverkehres Genüge that, im allgemeinen in das Hypothekengesetz herüber nehmen wollte, aber daß er es für zweckmäßig erachtete, sie auf etwas modifizirter Grundlage aufzubauen und in ihren Voraussetzungen gegen jeden Zweifel sicher zu stellen. Die Degenerirung der

---

[8]) F. v. G. K. I S. 444 § II n. 1.

[9]) In dem mehrallegirten Aufsatze zur Verordnung v. 1814 bemerkt v. Gönner (S. 143), daß erst, wenn eine ausdrückliche Delegation unter Mitwirkung des Gläubigers erfolgt, der dritte Besitzer zum wirklichen Hypothekarschuldner wird und in seinem Kommentare Band I S. 418 sub. 4 behandelt er die Vorschriften des § 56 als Modifikationen der dinglichen Klage. Die herrschende Praxis aber findet in dem zweiten Theile des § 56 theils eine Ausdehnung der persönlichen Schuldklage (§ 49) auf den Uebernehmer, theils die Kreirung einer neuen persönlichen Klage, welche mit der dinglichen in gar keinem inneren Zusammenhange stünde.

gemeinrechtlichen actio hypothecaria, wie sie das bayr. Landrecht sanktionirt hatte, mochte v. Gönner mit seinem romanistischen Gewissen noch vereinbar finden, so lange die Abtretungsbefugniß als Schatten der römischrechtlichen Abtretungspflicht noch der Klage eine schwache dingliche Färbung verlieh. Der weitere Ausbau dieser Klage — die Möglichkeit mit ihr direkt zum Angriff auf das ganze Vermögen des Besitzers zu schreiten — mußte dem Systematiker stylwidrig erscheinen und er zog es vor, diese Errungenschaft der Rechtsentwicklung in einem Anbau sicher unter Dach und Fach zu bringen — in einem Anbau aber, der einen Annex des Hauptbaues bilden und auf gleichem Boden fußen sollte. Wenn er nun bei Kreirung dieser die dingliche Haftung des Drittbesitzers ergänzenden accessorischen Obligation die Hypothekübernahme zu ihrer Voraussetzung machte, so that er dieß sicherlich nicht in der Ueberzeugung,[10]) daß diese Uebernahme nach civilrechtlichen Grundsätzen schon dem Gläubiger eine Forderungsklage gegen den Uebernehmer gewähre, sondern in Anlehnung an den durch das bayr. Landrecht geschaffenen Rechtszustand und in dem Bestreben, ein sicheres Merkmal dafür zu schaffen, wann die Haftung des dritten Besitzers mit seinem ganzen Vermögen eintrete.[11]) Er hatte hiezu um so mehr Veranlassung, als mit der Einführung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit an Stelle der wirklichen Wissenschaft die fingirte in den Vordergrund trat. Letztere aber erschöpfte die Voraussetzungen nicht, unter welchen bisher die Haftung des Possessor mit seinem ganzen Vermögen angenommen worden

[10]) Vergl. unten § 9 a. E.

[11]) Deßhalb wird auch eine besondere Uebernahme, d. h. eine durch ausdrückliche Erklärung oder doch durch unzweideutige konkludente Handlungen bethätigte vorausgesetzt, womit die Fälle ausscheiden, in welchen der Erwerber der Pfandsache zwar wirklich von dem Bestehen des Pfandnexus unterrichtet ist, aber durch ausdrücklichen Vorbehalt die Uebernahme der Hypothek von der Hand weist.

war und welche abzuschwächen der Verfasser des Hypotheken-gesetzes keinen Grund hatte.[12])

Hieraus ergibt sich, daß die persönliche Klage aus § 56 des Hyp. Ges. ihren Grund in dem durch die Hypothekübernahme qualifizirten Besitze des verpfändeten Gutes und keineswegs in dieser Uebernahme als solcher hat. Letztere bildete für den Gesetzgeber nur die Veranlassung, an welche er die Haftung des Besitzers mit seinem ganzen Vermögen[13]) knüpfte, nicht den Grund, aus welchem er sie ableitete. Die Befugniß, das Gut den andrängenden Gläubigern abzutreten, welche den Gegensatz der Haftung mit dem ganzen Vermögen bildet und als eine Rechtswohlthat (ähnlich dem beneficium excussionis) aufgefaßt wird, geeignet, die nachtheiligen Wirkungen der obligatio rei für den Besitzer zu mildern, wird dem Besitzer versagt, welcher offenen Auges in den Kreis dieser Wirkungen getreten ist. Hiemit stimmt auch die Stelle, an welcher die fragliche Gesetzesbestimmung in das Gesetz eingereiht wurde und an welcher sie sich eng an die dingliche Haftung des Besitzers anschließend nur als eine Modifikation der letzteren darstellt.[14]) Hiemit stimmt ferner, daß § 56 l. c. von „einer" persönlichen Klage spricht und nicht auf „die" persönliche Klage,

---

[12]) F. v. Gönner Kommentar S 453 sub 2.

[13]) Diese Haftung ist nicht mehr und nicht weniger als der Ausschluß der Abtretungsbefugniß cf. v. G. K. S. 457 sub 7. Hiemit stimmt die Auffassung v. Gönners von der Abtretungsbefugniß (K. S. 450) und die in Note 7[6] citirte Stelle des Kommentars, wo gesagt wird, daß die aus der Oeffentlichkeit des Hyp. Buches zu folgernde Wissenschaft zwar den Ausschluß des beneficium excussionis rechtfertige, aber für den Gesetzgeber keinen Grund bilde, den Besitzer auch persönlich und mit seinem übrigen Vermögen als Schuldner zu betrachten. In diesem Falle — so folgt aus den Worten v. Gönners — wird der Besitzer nur „als Schuldner" mit dem verpfändeten Gute behandelt.

[14]) cf. v. Gönner K. S. 418 sub 4.

wie sie im § 49 behandelt ist, verweist. Eine lediglich aus civilrechtlichen Gründen der Schuldübernahme entspringende Korrealobligation hätte überhaupt nicht im Hypothekengesetze und jedenfalls nicht an solcher Stelle und in solcher Weise Erwähnung gefunden.

Allerdings spricht v. Gönner S. 456 seines Kommentars davon, daß im Falle der „unvollständigen Delegation" der Gläubiger neben dem bisherigen Schuldner auch den dritten Besitzer mit der Klage aus der Forderung belangen könne. Allein diese Aeußerung könnte ein entscheidendes Gewicht selbst dann nicht beanspruchen, wenn feststünde, daß v. Gönner hiemit wirklich den Besitzer als correus des ursprünglichen Schuldners habe bezeichnen wollen.[15])

Der qualifizirte Pfandbesitz, wie er vorstehend als Grundlage der persönlichen Klage aus § 56 erklärt wurde, deckt sich, von dem Ausnahmsfalle der Note 10 abgesehen, mit dem unredlichen Besitze, von welchem v. Gönner in seiner mehrerwähnten Erörterung der Verordnung vom 22. Februar 1814 ausging und welcher, wie oben gezeigt wurde, auch bei der Redaktion des § 56 eine etwas verunglückte Rolle spielte. Wäre die „besondere" Uebernahme nicht ein etwas engerer Begriff geworden, so hätte der Gesetzgeber angesichts der Thatsache, daß die Wissenschaft um die Hypothek beim Erwerbe der Pfandsache regelmäßig und nothwendig die Uebernahme der Hypothek involvirt, sich geradezu dahin ausdrücken

[15]) Wenn man von dem Bürgen des Darlehenschuldners deßhalb, weil er für die Darlehensschuld haftet, sagt und mit einem gewissen Rechte auch sagen kann, daß er von dem Gläubiger mit der Darlehensklage belangt wird, so will man ihn hiemit noch nicht als Darlehensschuldner im strikten Sinne des Wortes bezeichnen. — Uebrigens hat es jetzt auch die Spruchpraxis aufgegeben, den dritten Besitzer für den Fall der Uebernahme als correus des ursprünglichen Schuldners zu behandeln.

können, daß der redliche Besitzer nur mit der Pfandsache, der unredliche aber auch mit seinem übrigen Vermögen für die Hypothekschuld hafte.

Man mag nun dem Verfasser des bayer. Hypothekengesetzes Ungenauigkeit in der Wahl seiner Ausdrücke vorwerfen, wie dieß schon Regelsberger gethan hat, man mag finden, daß er in dem Bestreben, für die kritische Bestimmung des älteren Rechtes und des neugeschaffenen Gesetzes Anlehnungspunkte im Civilrechte zu suchen, mehrfach ein unsicheres Schwanken an den Tag gelegt habe und daß seine Aeußerung über die „unvollständige Delegation" die unvorsichtige Anwendung eines von Anfang an schiefen Vergleiches sei, aber es wäre eine an ihm geübte Ungerechtigkeit und hieße geradezu seinen gesetzgeberischen Beruf anzweifeln, wollte man ihm die Absicht[16]) imputiren, durch § 56 l. c. eine ganze Reihe von Besitzern ohne Wissen und Willen des Hypothekgläubigers in den Bann der Hypothekforderung treten zu lassen, aus welchem dieselben nur durch die Gnade dieses Gläubigers entlassen werden könnten.

§ 7. Ehe ich mich nun zu der Untersuchung der Frage wende, ob das im Verkehrsleben gang und gäbe Uebereinkommen, wonach der Erwerber eines hypothekbelasteten Immobile die Hypotheken in Anrechnung auf den Erwerbspreis übernimmt, abgesehen von den vorerörterten Vorschriften des bayerischen Hypothekengesetzes, nach civilrechtlichen Grundsätzen die weittragende, von der Gerichtspraxis behauptete Wirkung habe, will ich den Gegenstand dieses Uebereinkommens und die hiebei von den Parteien gehegten Intentionen zu fixiren versuchen.

Unbestritten und unbestreitbar ist, daß die Abrechnung der auf dem Kaufsobjekte lastenden Hypotheken am Kaufsschillinge schon zu einer Zeit in allgemeiner Uebung war, wo weder

---

[16]) Eine Absicht, die er den Gesetzgebungsfaktoren geschickt verschleiert haben würde!

Gesetzgebung noch Doktrin daran gedacht hatten, dem Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer ein anderes Recht als das der römischen actio hypothecaria zu vindiziren. Und es hatte diese Uebung ihren guten Grund. Einerseits nämlich kann auf solche Weise ein Immobile mit verhältnißmäßig geringer Baarzahlung erworben werden und da die zu dauernder Kapitalsanlage vorgenommenen Belehnungen eines Immobile beim Besitzwechsel gewöhnlich nicht gekündet werden, liegt in der Hypothekbelastung geradezu ein auf den Preis günstig einwirkendes Moment, weil sie Mehreren den Ankauf möglich erscheinen läßt. Anderseits aber bildet schon die dingliche Haftung, wie sie der actio hypothecaria entspricht, für den Käufer einen ausgibigen Grund, den Betrag der liegen bleibenden Hypothekschulden am Kaufschillinge abzuziehen. Will er sich im Besitze des Gutes erhalten und es wirthschaftlich ausnützen — und das ist ja und war auch früher der vom Käufer regelmäßig angestrebte Zweck — so muß er die Kapitalszinsen regelmäßig abführen und beim Eintritte der Fälligkeit des Kapitales auch dieses bezahlen, da sonst der Gläubiger ihn mit der Hypothekarklage außer Besitz setzen würde, was meistentheils gleichbedeutend mit der Vernichtung seiner wirthschaftlichen Existenz wäre.[1]) Die zu zahlenden Zinsen absorbiren einen entsprechenden Theil der Früchte des Gutes und das Kapital selbst repräsentirt eine Quote des Gutswerthes; und wenn er daher einen entsprechenden Theil des Kaufschillings in Abzug bringt, so unterläßt er — wirthschaftlich gesprochen — nur die Bezahlung dessen, was er zwar formell erwirbt, materiell aber nicht lucrirt.

Der Verkäufer kann auch diesen Abzug gewähren, weil er zwar nach wie vor seinem Darleiher persönlich verhaftet bleibt, aber so ferne das Pfand die Schuld sicher deckt, sich

---

[1]) l. 190 D. 50. 17.

sagen kann, daß er hiedurch nicht zu Schaden kommen werde, theils weil der Gläubiger sich voraussichtlich zuerst an sein Unterpfand halten wird, theils weil er gegebenen Falles selbst hieraus Befriedigung für seine Regreßansprüche finden kann. So war die Sache früher und so blieb sie im wesentlichen auch späterhin, als Gesetzgebung und Doktrin angefangen hatten, dem Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer, der die Hypothek übernommen hatte, intensivere Rechte einzuräumen, so ferne nicht der Gesetzgeber durch kategorische Bestimmungen den Parteiwillen in andere Bahnen zwang.[2]) Die bayer. Hypothekgesetzgebung übte in dieser Richtung auf die Gestaltung des Rechtsverkehres keinen bestimmenden Einfluß, im Gegentheile hat sie die Hypothekübernahme in der Gestaltung verwerthet, welche sie im Rechtsverkehre gewonnen hatte[3]) und auch die Auffassung, welche der § 56 l. c. in der Praxis gefunden, und die Einführung des Notariatsinstitutes bewirkten im großen und ganzen keine Aenderung; denn wenn auch die stehenden Redensarten, in welche fragliches Uebereinkommen in den Kaufverträgen gekleidet wurde, kleine Aenderungen erfuhren, so brachten diese doch keine prinzipiellen Verschiedenheiten zum Ausdruck und wurden von den Parteien als gleichgiltig unterscheidungslos hingenommen.[4])

Das nächste Objekt der Uebernahme blieb daher die Hypothek d. h. nach wie vor handelte es sich nur um ein „auf sich übergehen lassen" der dinglichen Last in dem oben erörterten Sinne. Insoferne aber aus der übernommenen Hypothek eine persönliche Schuld gegenüber dem Hypothekgläubiger

---

[2]) Hieher ist zu beachten, was Delbrück (die Uebernahme fremder Schulden) über den Entwicklungsgang der preußischen Gesetzgebung sagt. S. 52 ff.

[3]) v. Gönner K. I S. 456 sub 6 u. S. 455 a. E.

[4]) Bald hieß es: der Käufer übernimmt die Hypothekkapitalien zur ferneren Verzinsung oder Heimzahlung, bald zur Verzinsung und eventuellen Heimzahlung, bald zur Verzinsung und Heimzahlung.

resultirt, kann allerdings indirekt auch die Hypothekschuld als übernommen bezeichnet werden.[5]) Wenn aber der Käufer zunächst nur die Hypothek übernimmt, die als an der Sache haftend nur durch den Besitz der letzteren für ihn von Einfluß sein kann, ist von vorne herein klar, daß derselbe diese Last nicht über die Dauer dieses seines Besitzes hinaus kann übernehmen wollen. In der That will, von einzelnen mit dem Gange der Rechtssprechung vertrauten und durch letztere in ihrem Handeln beeinflußten Ausnahmsmenschen abgesehen, kein Käufer für die das Kaufsobjekt belastenden Hypotheken eine seinen Besitz überdauernde Haftung übernehmen. Auch von den Gegnern kann nicht bestritten werden und der Gang der Verhandlungen in der Abgeordnetenkammer hat es klar gezeigt, daß bis in die neueste Zeit fast Niemand davon eine Ahnung hatte, daß er für übernommene Hypothekschulden persönlich forthafte, auch wenn er das Hypothekenobjekt weiter veräußert hätte. Eine Verpflichtung aber, deren Möglichkeit man nicht kennt, kann man logischer Weise auch nicht wollen, und im Falle nun der Verpflichtungswille des Promittenten als Entstehungsursache in Betracht kommen kann, ist unter solchen Umständen die Entstehung fraglicher Verpflichtung selbst ausgeschlossen.[6])

---

[5]) Darum die wechselnde Ausdrucksweise in § 56 d. H. G. — Auch in seinem Vortrage an den Staatsrath spricht v. Gönner wiederholt von Uebernahme der „Hypotheken" und daß er unter dieser Uebernahme nichts anderes verstand, als was sie im bisherigen Rechtsverkehre bedeutet hatte, geht aus dem Hinweise auf die Alltäglichkeit dieses Vorganges hervor. Vergl. oben § 5 bei Note 1.

[6]) Auf diesen Standpunkt muß man sich stellen, wenn man von einer dießbezügl. in § 56 l. c. zu suchenden Gesetzesvorschrift absehend die Frage aufwirft, ob die fortdauernde Haftung des Drittbesitzers aus dem von ihm mit seinem Auktor abgeschlossenen Vertrage sich ergebe.

Auch der Verkäufer dringt nicht darauf, daß der Käufer sich über seinen Besitz hinaus binde und wenn er es thun würde, bliebe dieß für unsere Frage insolange gleichgiltig, als nicht der Käufer sich seinem Ansinnen fügen würde. Richtig mag sein, daß viele Verkäufer nicht mit der oben erwähnten faktischen Wahrscheinlichkeit[7]), wegen der von ihnen selbst kontrahirten Schuld nach dem Verkaufe nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, sich vertrösten, sondern der Ansicht sind, daß sie rechtlich von der Schuld befreit würden. Diese Ansicht, welche auf eine Vermischung der Hypothek und der deutschrechtlichen Reallast hinausläuft und gerade in München, wo das Ewiggeldinstitut noch fortlebt, häufiger sein mag, ist um so erklärlicher, als selbst v. Gönner die moderne Hypothek gelegentlich unter die Reallasten gereiht hat. Sie ist aber eine rechtsirrthümliche und völlig bedeutungslose, weil es sich für den Verkäufer nicht wie für den Käufer um die Neubegründung eines Obligationsverhältnisses, sondern um die Aufhebung eines bereits bestehenden handelt, bei ersterem also ein seinen Verpflichtungswillen ausschließender Irrthum nicht in Frage steht.

Durch die Uebernahme der Hypotheken seitens des Käufers erachtet sich der Verkäufer für den bezüglichen Betrag des Kaufschillings als befriedigt, es gilt letzterer als endgiltig beglichen und wenn — was unten noch näher beleuchtet werden soll — dem Verkäufer aus der Nichterfüllung der vom Käufer übernommenen Zahlungspflicht eine Klage gegen letzteren erwächst, ist sie nicht auf Bezahlung einer Kaufschillingsrate gerichtet, sondern eine Schadensersatzklage. Bei der späteren Besprechung des zwischen dem Verkäufer und Käufer durch die

---

[7]) Diese Wahrscheinlichkeit steigert sich, wenn die Ansicht v. Gönners K. I S. 412 adoptirt wird, daß der Hypothekgläubiger sich vorerst an das Hypothekobjekt halten muß.

Uebernahme von Hypotheken seitens des letzteren entstehenden Rechtsverhältnisses wird dann auch die Frage zu prüfen sein, unter welchen Voraussetzungen und aus welch' rechtlichen Gründen der Verkäufer, wenn er selbst mit der persönlichen Schuldklage belangt den Gläubiger befriedigen muß, den Käufer als vertragsbrüchig um Schadensersatz angehen könne.

Hier möchte ich nur noch die Frage anregen, ob unsere gebräuchlichen Kaufverträge, aus welchen m. E. unzweifelhaft zu entnehmen ist, daß der Verkäufer den durch die Hypotheken absorbirten Theil des Kaufschillings durch Uebernahme derselben seitens des Käufers als beglichen erachtet, nicht jene Eigenschaft an sich tragen, aus welcher Bähr[8]) den Schluß ziehen würde, daß der Käufer nur mit dem Kaufsobjekte selbst dem Gläubiger habe haften wollen.

Wenn ich in Vorstehendem den Inhalt und die rechtliche Bedeutung der Hypothekübernahme, wie sie sich in unserem Verkehrsleben regelmäßig gestaltet, kurz zu skizziren suchte, so glaube ich mich bezüglich der Richtigkeit meiner Auffassung des Vertragswillens der Parteien auf das Zeugniß der Praktiker berufen zu können, die dem Verkehrsleben nahe stehen und ein offenes Auge für dasselbe haben[9]), und ich hoffe daher, nicht in den Fehler Derjenigen verfallen zu sein, welche, vielleicht verleitet durch singuläre Erscheinungen, in der Hypothekübernahme prima vista eine bestimmte Vertragsart finden und dann wohlgemuth den Parteien die entsprechenden Intentionen imputiren.

§ 8. Die Vertragsarten, welche zu Hülfe genommen und theilweise neu konstruirt wurden, um dem Verkehrsbedürfnisse zu genügen, daß die Hypothekgläubiger gegen den ohne sein

---

[8]) Archiv f. civilistische Pr. Band 67 S. 164 Note 6.

[9]) Vergl. die Aeußerung des Abgeordneten J. Geiger in der oben § 1 erwähnten Sitzung der bayr. Abgeordnetenkammer.

Zuthun in den Besitz der Pfandsache gekommenen Dritten eine ausgiebige Rechtshilfe erhalte, sind sehr zahlreich und schon ihre Menge muß Mißtrauen erregen, ob die eingeschlagenen Wege auch die richtigen waren. Sie sind bei Delbrück in dessen geistreicher Abhandlung über die Uebernahme fremder Schulden zusammengestellt und kritisch beleuchtet und ich werde mich auf Besprechung derjenigen beschränken, welche in der bayrischen Rechtssprechung, soweit ich sie kenne, eine Rolle gespielt haben.

In erster Linie kommt hier die Assignation in Betracht. Die Assignation in dem Sinne, daß der Käufer einen entsprechenden Theil des stipulirten Kaufsschillings an den Hypothekgläubiger zu zahlen hätte, kann sicherlich nicht angenommen werden, denn die Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit seitens des Käufers wäre für den Verkäufer kein Grund, diese Kaufschillingsquote als berichtigt zu erachten. Da aber diese Berichtigung in der That als eingetreten gilt, schuldet der Käufer nicht mehr, kann also auch seine Schuld nicht an den Hypothekgläubiger abführen.[1]) — Und wann sollte dieser Kaufschillingsbetrag an den Gläubiger bezahlt werden? Sogleich braucht ihn der Gläubiger, der auf Umfluß der Kündigungsfrist bestehen wird, nicht anzunehmen und wenn es sich um sofortige Bezahlung handeln würde, so zöge es der Käufer wohl vor, an seinen Kontrahenten zu bezahlen und es diesem zu überlassen, den Gläubiger bezüglich der dann nicht zur Uebernahme gelangenden Hypothek wegzufertigen. Und wenn nicht sofort, wann und wie? Auch v. Gönner hat in der mehrerwähnten Erörterung eine solche Assignation hier als ausgeschlossen erachtet [2])

Es bliebe daher nur eine Assignation dahin in Frage, daß der Käufer den Auftrag übernähme, nicht den Kaufschilling,

---

[1]) Delbrück a. a O. S. 29 Z. IV u. S. 89 in fine.

[2]) Jahrbücher f. Gesetzgebung u. Rechtspflege II S. 139.

sondern die von dem Verkäufer geschuldete Summe an dessen Gläubiger zu bezahlen; das sogenannte Zahlungsmandat.

Was aber ist der nähere Inhalt dieses Auftrags? Vergeblich wird man in den Kaufverträgen und den ihnen vorausgegangenen Parteiberedungen nach einer Antwort auf diese Frage suchen und schon dieser Punkt muß es bedenklich erscheinen lassen, ein solches Mandat als gegeben bezw. angenommen zu behaupten. Soll der Käufer das Kapital künden, was er nur in Vertretung des Verkäufers thun könnte, um dann thunlich rasch zu zahlen? Das kann der Verkäufer nach dem oben Erörterten seinem Kontrahenten nicht zumuthen und das würde sich dieser nicht gefallen lassen. Oder soll gewartet werden, bis der Gläubiger selbst kündet? Hat in diesem Falle der Käufer nur zu bezahlen, wenn ihm gekündet wird oder auch dann, wenn die Kündigung erst, nachdem er das Gut weiter verkauft hat, einem späteren Besitzer gegenüber erklärt wird? Hat er die Zinsen nur insolange zu zahlen, als er selbst die Pfandsache lucrirt oder auch später, wenn ein Anderer die Früchte bezieht? Man sieht, mit der Behauptung eines solchen Zahlungsmandates ist für die Gegner noch nichts gewonnen und zum mindesten mit demselben Rechte, mit welchem sie einen weiter gehenden, ihr Beweisthema erschöpfenden Inhalt solcher Assignation behaupten, kann man in Rücksicht auf die oben geschilderte wirthschaftliche Lage, in der die Parteien sich gegenüber befinden, und gestützt auf die Interpretationsregel, daß das minus eher als das majus als gewollt anzunehmen ist[3]), der Meinung sein, daß der Zahlungsauftrag nur auf die während des Besitzes des Käufers verfallenden Zinsen und auf das Kapital nur dann gerichtet sei, wenn es dem Käufer selbst gekündet würde. Hat doch der Verkäufer

---

[3]) l. 9. l. 34. D. 50. 17.

keinen Anlaß, geschweige denn ein Recht, zu verlangen, daß der Käufer vor Bezahlung der Hypothekschuld das Objekt nicht weiter veräußere, kann er ihm doch keinen Vorwurf daraus machen, wenn er später thut, was er jetzt selbst gethan hat, d. h. wenn er das Gut mit der darauf liegenden Hypothek weiter begibt.

§ 9. Bezüglich der „unvollständigen Delegation" kann ich mich zunächst auf das oben Gesagte beziehen. Wer mit diesem Halbvertrage operirt, welcher, wenn er selbstständig denkbar wäre, seinem Namen nicht entspräche, muß sich in großer Verlegenheit befinden. Denkt man sich nämlich unter der unvollständigen Delegation eine Verabredung, wonach der Käufer, falls der Hypothekgläubiger hiemit konsentiren würde, an Stelle des Verkäufers Schuldner werden solle, so ist, falls der Gläubiger nicht einwilligt, gar kein Vertrag vorhanden; und ehe der Gläubiger sich erklärt, ist es ungewiß, ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft zu Stande kommt oder nicht.[1]) Daß nun dieser Zwischenzustand den Gläubiger nicht berechtigen kann, statt die Offerte zu nehmen, wie sie gestellt ist, den destinirten Delegatus als correus des delegirenden Schuldners zu behandeln, ist schon oben berührt worden.[2]) Meint man aber, die „unvollständige Delegation" sei eine Abmachung, wonach der Käufer neben dem Verkäufer Schuldner werden solle, so ist hiefür die fragliche Bezeichnung gewiß verfehlt.[3]) Ich muß übrigens hier wiederholen, daß v. Gönner, wenn er in seinem Kommentare I S. 454 den Fall der „unvollstän-

---

[1]) Seltsamer Weise denkt weder der angebliche delegans noch der vermeintliche delegatus daran, die Willensmeinung der Hauptperson, des Gläubigers einzuholen.

[2]) Regelsberger im Archiv f. c. P. Band 67 S. 30.

[3]) Der Rekrut, welcher einen Kameraden bestimmt, mit ihm Soldat zu werden, stellt sich doch keinen Ersatzmann.

digen Delegation" behandelt, es nicht thut in der Meinung, daß die persönliche Haftung des Drittbesitzers sich wirklich daraus ableiten lasse; denn im Verlaufe seiner dießbezüglichen Ausführungen gibt er ja unzweideutig seine Ansicht, es resultire dieselbe aus dem Gesetze und seine Genugthuung darüber kund, daß man angesichts des klaren Gesetzestextes der leidigen civilrechtlichen Konstruktionsversuche überhoben sei.

Allerdings bemerkt er hiebei auch, daß die Uebernahme der Hypothekschulden als ein lediglich zwischen dem vorigen und neuen Besitzer[4]) geschlossenes Uebereinkommen der Zustimmung des Gläubigers nicht bedürfe. Er thut dieß aber, wie aus dem Zusammenhange erhellt, nur um zu zeigen, daß die Folge (Haftung mit dem ganzen Vermögen), welche das Gesetz an jene Uebernahme geknüpft hat, auch ohne Zuthun des Gläubigers eintrete, keineswegs aber in der Ueberzeugung, daß die Uebernahme der Hypothekschulden aus allgemein civilrechtlichen Gründen diese Folge oder bestimmte andere Wirkungen nach sich ziehe. Außerdem hätte v. Gönner es gewiß nicht unterlassen, diese seine Ueberzeugung des näheren zu motiviren, denn daß die Aufstellung des problematischen Begriffs der „unvollständigen Delegation" solche Motivirung nicht überflüssig machen könne, würde er sich kaum verhehlt haben.

§ 10. Ich komme nun zu der Frage, ob die Hypothekübernahme unter die modernen Verträge zu Gunsten Dritter zu zählen sei. Ich will dahin gestellt sein lassen, mit welchem Rechte Delbrück die Argumentation mit Hülfe

---

[4]) Daß mit dem vorigen Besitzer der ursprüngliche Schuldner (Hypothekbesteller) gemeint sei, ergibt sich aus den vorausgehenden Bemerkungen, in welchen der vorige Besitzer als der „vorige Schuldner" bezeichnet wird.

dieser Verträge eine „berüchtigte“ nennt,[1]) so viel ist aber jedenfalls gewiß, daß über Inhalt und Wirkung derselben in Doktrin und Praxis ein endloser Streit herrscht. Während die Einen jeden Vertrag hieher rechnen, dessen Wirkungen einem Dritten zu gut kommen, beschränken die Anderen den Begriff auf solche Verträge, welche, wenn nicht ausschließlich, so doch zunächst das Interesse des Dritten fördern,[2]) diesem letzteren Rechte gewähren sollen, und nicht minder bestritten ist, ob aus solchen Verträgen der Dritte allein Rechte erwirbt, wann er sie erwirbt, und ob mit der Wirkung, daß sie ihm durch spätere Abmachungen der Kontrahenten nicht mehr verkümmert werden können. Die große Anzahl der Streitfragen haben ihren Grund zum großen Theile in dem Umstande, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten kein hinsichtlich seines Inhaltes individualisirter ist, daß daher verschiedene Verträge dadurch, daß ihre Wirkung Dritten zu gut kommen soll, zu Verträgen zu Gunsten Dritter werden können.[3])

Schon dieser Umstand zeigt, wie wenig mit der Behauptung, die Hypothekübernahme sei zu Gunsten eines Dritten — des Hypothekgläubigers — vereinbart, für unsere Streitfrage gewonnen ist; denn wenn sie als ein solcher Vertrag aufgefaßt werden kann, so ist dieß nicht bloß dann möglich, wenn der Käufer dem Verkäufer verspricht, endgiltig und bis zur Bezahlung der Schuld dem Hypothekgläubiger haften zu wollen, sondern auch dann, wenn er bloß für die Dauer seines Besitzes neben der dinglichen auch die persönliche Haftung übernehmen will.

Der von den Gegnern benöthigte Rückschluß, daß der Hypothekübernehmer, weil solche Uebernahme ein Vertrag zu Gunsten

[1]) l. c. S. 98.

[2]) Unger, die Verträge zu Gunsten Dritter S. 61.

[3]) cf. Windscheid Pandekten V. Aufl. § 316[a] bei Note 15.

des Hypothekgläubigers sei, die weitergehende Haftung auf sich geladen habe, wäre daher verfehlt, abgesehen davon, daß auch die Prämisse erst feststehen müßte. Denn diese steht keineswegs außer Zweifel, jedenfalls dann nicht, wenn man von der engeren Begriffsbestimmung der Verträge zu Gunsten Dritter ausgeht. Weder der Verkäufer noch der Käufer haben bei dieser in Abwägung ihrer eigenen Interessen getroffenen Abrede den Vortheil des Hypothekgläubigers im Auge.

Die „Unterstellungen", mit welchen das Reichsgericht in einem auf gemeinem Rechte fußenden Urtheile[4]) einen den Vortheil des Gläubigers bezielenden Willen der vertragschließenden Theile konstruirt, sind mehr oder minder willkührlich.[5]) Wie von dem Reichsgerichte in diesem Urtheile so auch von den mir bekannt gewordenen Urtheilen bayerischer Gerichten wird übrigens die moderne Lehre vom „Vertrage zu Gunsten eines Dritten" nur verwerthet, um das aus solchem Vertrage dem Dritten unmittelbar resultirende Klagerecht dem Hypothekgläubiger vindiziren zu können. In dieser Richtung möge hier noch die Bemerkung Raum finden, daß die mit dem bayrischen Landrechte argumentirenden Urtheile sich hiebei wohl mit Unrecht auf Thl. IV. C. 1 § 13 berufen und mit Verwechslung der doppelten Bedeutung des Wörtchens „für" (zu Gunsten — in Vertretung) denselben Fehler begehen, den Windscheid in seinen Pandekten (§ 316a Note 1) rügt.

In der fraglichen Stelle des bayrischen Landrechtes ist

---

[4]) Sammlung VII S. 131.

[5]) In diesem Urtheile wird übrigens nur das als Absicht des Schuldübernehmers hingestellt, daß dem Gläubiger auch ferner die Kumulirung der dinglichen und persönlichen Klage, ohne das beneficium excussionis gewärtigen zu müssen, gewahrt bleibe und kein Anlaß für ihn geschaffen werde, sein Kapital zu künden. Die hiemit begründete Haftung des Käufers reicht aber nicht weiter, als sie ihn nach der von mir vertheidigten Auslegung des § 56 trifft.

nämlich, wie Text und Marginale ersehen lassen, zunächst nur von Verträgen die Rede, welche in Vertretung Anderer sei es von (durch Gesetz oder Vertrag ernannten) Stellvertretern, sei es von freiwilligen Geschäftsführern geschlossen worden, und welche in letzterem Falle nur insoferne Giltigkeit haben, als sie dem Geschäftsherrn günstig sind und nachträglich von ihm ratifizirt werden. Man könnte diese Gesetzesbestimmung zum Nachweise dafür, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten diesem ein unmittelbares Klagerecht gewähre, im besten Falle nur dann verwerthen, wenn man dem Verfasser des bayrischen Landrechtes selbst den Vorwurf der Vermischung grundverschiedener Begriffe macht.[6])

§ 11. Die hervorragendste Rolle bei den civilrechtlichen Konstruktionsversuchen der herrschenden Spruchpraxis spielt die „Schuldübernahme.“ Es war die geistreiche Monographie Delbrücks, welche der Auffassung, daß die Uebertragung der passiven Seite des Obligationsverhältnisses durch eine von den Verkehrsbedürfnissen getragene Fortbildung des römischen Rechtes ermöglicht worden sei, Bahn brach.[1]) Bis in die neueste Zeit

---

[6]) Will man dieß, so muß man die Ziff. 2 der Anmerkungen l. c. wo von den Geboten der Christlichkeit und Menschenfreundlichkeit gesprochen wird, als Beleg benützen. Ich glaube aber, der Verkäufer, welcher soeben mit seinem Nehmkäufer die Uebernahme einer Hypothekschuld paktirt hat, könnte sich eines Lächelns nicht erwehren, wenn man ihm sagen würde, er habe hiebei einen Akt christlicher Nächstenliebe gegen den Hypothekgläubiger vorgenommen.

[1]) In dieser Monographie, welche ich bereits oben citirt habe und welche auch für Dr. Hermann Seuffert den Anstoß zu dem erwähnten Aufsatze in Band XXVI der Bl. f. R. A. gebildet hat, kommt übrigens Delbrück zu dem Resultate (S. 117), daß beim Hinzutreten einer zweiten Uebernahme der erste Schuldübernehmer dem Gläubiger gegenüber frei wird, was für E. Graf (Nachträge zum Kommentare v. Gönners S. 90) kein Hinderniß war, sich zum Belege für die Richtigkeit der gegentheiligen Ansicht der Praxis auf Delbrück zu berufen!

jedoch herrscht in der Theorie und Praxis hinsichtlich dieser modernen Vertragsart ein endloser Streit und von beachtenswerther Seite wird noch immer sogar die Existenz dieser eigenthümlichen Vertragsspezies in Abrede gestellt. [2])

Schon Delbrück hat seinerzeit hervorgehoben, daß die Schuldübernahme in ihren verschiedenen Anwendungen sich in Anschmiegung an die konkreten Verkehrsbedürfnisse verschieden entwickelt habe und die Bemerkungen Windscheids (Pand. V. Aufl. § 338 ff.) lassen ersehen, welcher Abstufungen im Inhalte und folglich auch in den Wirkungen dieses Rechtsgeschäft fähig ist.

Es wäre daher auch hier erst durch genaue Feststellung des konkreten Parteiwillens die Grundlage für Beantwortung der Frage zu schaffen, welche Pflichten gegenüber dem Hypothekgläubiger und dem alten Schuldner (Verkäufer) der hypothekübernehmende Käufer in jedem einzelnen Falle auf sich geladen habe; mit der vielleicht nur durch den Ausdruck „Uebernahme" vermittelten Ansicht es liege hier eine „Schuldübernahme" im juristisch-technischen Sinne vor, ist noch nichts geholfen.

Es ist diese Ansicht aber auch nicht begründet, soweit es sich um bayerische Verhältnisse handelt. Wenn es nämlich richtig ist, was Delbrück behauptet, daß die bei Gutsveräußerungen vorkommenden Uebernahmen von Schulden ein durch die römische actio hypothecaria nicht vollständig zu be-

---

[2]) Sintenis C. R. III Aufl. II § 102 Note 32. Seufferts Archiv N. F. II Nr. 219 u. V Nr. 279. — Auch Bähr hält (Archiv f. c. Pr. B. 67 S. 157 ff.) an seiner Ansicht, daß hier das moderne Gewohnheitsrecht nichts neues geschaffen, fest, kommt übrigens mit Zuhilfenahme römischer Rechtsgrundsätze theilweise zu ähnlichen Resultaten, wie die im Detail vielfach unter sich hadernden Anhänger der „Schuldübernahme" sie anstreben.

friedigendes Bedürfniß des Verkehres nach einem zwischen Gläubiger und Uebernehmer begründeten Obligation zum Bewußtseine des Volkes gebracht hätten, woraus gewohnheitsrechtlich sich die Ansicht, der Uebernehmer könne von dem Gläubiger als Nachfolger seines Schuldners behandelt werden, gebildet habe, so kann man mit Fug behaupten, daß bei uns für das Heranwachsen solchen Gewohnheitsrechtes kein Boden mehr gegeben war, nachdem das bayer. Landrecht in seinem Geltungsbereiche und dann das Hypothekengesetz für das ganze rechtsrheinische Bayern die Haftung des Hypothekenübernehmers gegenüber dem Gläubiger in einer den berechtigten Anforderungen des Verkehrs genügend Rechnung tragenden Weise verschärft hatte.[3]) Dafür, daß bei uns der Erwerber des Hypothekobjektes bei Uebernahme der Hypotheken nicht an eine Sondernachfolge in das Obligationsverhältniß zwischen dem veräußernden Schuldner und dem Gläubiger denke, wie solche in der eigentlichen Schuldübernahme gefunden wird, spricht auch der Umstand, daß der Erwerber erfahrungsgemäß um die Natur dieses Schuldverhältnisses sich nichts kümmert, die bezüglichen Beilagen des Hypothekenprotokolles nicht einsieht, sondern sich damit begnügt, über die Person des Hypothekgläubigers, die Voraussetzungen der Fälligkeit der Hypothekforderung und die Höhe des Zinsfußes Aufschluß zu erhalten.

Nun müßte vom Standpunkte derjenigen, welche den Wunsch des Verkäufers,[4]) von seiner Schuld liberirt zu

---

[3]) Daß das Verkehrsbedürfniß auch durch die mindere Haftung, welche nach der hier vertheidigten Ansicht in § 56 des Hyp.-Ges. statuirt wurde, Befriedigung findet, ist implizite auch durch das oben allegirte reichsgerichtl. Urtheil, wonach die Möglichkeit der Kumulirung der persönlichen und dinglichen Klage gegen den Erwerber und der Ausschluß des beneficium excussionis das Interesse des Hyp.-Gläubigers bilden, anerkannt worden.

[4]) Es ist hier als Verkäufer immer der gedacht, der die der Hypothek zu Grunde liegende Schuld seinerzeit kontrahirt hat.

werden, als maßgebend erachten, jedenfalls eine Schuldübernahme in dem Sinne Windscheids (§ 338 Note 6) angenommen werden, bei welcher der Hypothekgläubiger durch seine Zustimmung zu dem Eintritte des Uebernehmers den alten Schuldner aus dem Obligationsverhältnisse ausscheiden ließe. Eine solche Schuldübernahme ist aber nach unserem Hypothekengesetze unmöglich, weil dieses selbst in der Klagestellung des Gläubigers gegen den Uebernehmer (Windscheid § 338 Note 5), welche doch jenen Effekt herbeiführen müßte, keinen Grund findet, dem Gläubiger späterhin die Klagestellung gegen den alten Schuldner zu verwehren. Eine solche Schuldübernahme würde auch dem Uebernehmer die Geltendmachung aller nicht höchst persönlichen Einreden ermöglichen, welche dem alten Schuldner zustanden. Es ist aber gewiß nicht anzunehmen, daß der Käufer eines Gutes, welcher eine hierauf für ein Darlehen oder einen älteren Kaufschillingsrest lastende Hypothek übernommen hat, dem gegen ihn aus § 56 des Hypothekengesetzes klagenden Gläubiger z. B. die Einrede des Wuchers oder des Betruges entgegensetzen könne. Dieselbe Rechtssprechung, welche zu Ungunsten des ehemaligen Besitzers (um dessen noch fortdauernde Haftung zu konstruiren) das Rechtsinstitut der Schuldübernahme verwerthet, würde, wie ich glaube, dem gegenwärtigen Besitzer solche Eingelenke, als ex jure tertii vorgebracht, sofort zurückweisen. [5])

Es muß aber noch besonders herorgehoben werden, daß vom Standpunkte Windscheids das Resultat, zu welchem unsere Praxis gelangte, aus der Schuldübernahme nicht zu

---

[5]) Das Urtheil (Bl. f. R. A. Band 45 S. 168), welches dem Erwerber die Geltendmachung einer dem Veräußerer zustehenden Einrede, jedoch aus einem Thatbestande zusprach, bei welchem ersterer selbst betheiligt war, stieß sofort auf Bedenken. Es bezieht sich dieses Urtheil übrigens nicht auf einen Fall der Hypothekübernahme.

rechtfertigen wäre; allerdings läßt Windscheid, wenn der ersten Schuldübernahme vor erfolgter Zustimmung des Gläubigers eine zweite folgt, beide Uebernehmer gebunden sein, allein wenn der zweite Uebernehmer (jetziger Besitzer) vergeblich ausgeklagt ist, könnte der Gläubiger sich nicht mehr an den ersten halten, der durch die Zustimmung des Gläubigers zu dem Eintreten des zweiten für seine Person liberirt wurde. Auch die Liberirungsverpflichtung des Uebernehmers gegenüber dem alten Schuldner, wie sie Windscheid im § 339 Nr. 9 annimmt, wäre nach Ausklagung des Uebernehmers gegenstandslos geworden.

Wollte man aber die Schuldübernahme in dem Sinne auffassen, daß der Käufer (Uebernehmer) neben dem Verkäufer (alten Schuldner) und der fernere Käufer (zweiter Uebernehmer) neben diesen beiden Schuldner wäre, so würde die Frage, ob diese Schuldübernahme von den Parteien gewollt war — und auf den Willen der letzteren kommt es ja an — eine noch viel zweifelhaftere. Wenn der alte Schuldner im Obligationsverbande zu verbleiben hat, der Gläubiger also durch den Hinzutritt eines weiteren Schuldners nur ein unverhofftes Mehr von Sicherheit erhält, [6]) haben die Parteien um der Zustimmung des Gläubigers willen keine Veranlassung, daß der Uebernehmer sich in demselben Umfange verhaften müßte, wie es der alte Schuldner ist. Da nun, wie mehrfach erörtert, das Interesse des Käufers gebieterisch die Einschränkung seiner Haftung auf die Dauer seines Besitzes verlangt, bleibt es mehr denn zweifelhaft, ob die Parteien in einem jeder bezüglichen Andeutung entbehrenden Kaufvertrage trotzdem vereinbart haben, es solle der Käufer ohne Einschränkung als Correus dem Verkäufer zur Seite treten.

Bei solcher Schuldübernahme fehlt auch gewiß jeder stich-

---

[6]) Archiv f. c. Pr. Bd. 67 S. 185.

haltige Grund zu der Annahme, daß der Käufer, trotzdem die Forthaftung des Verkäufers angenommen wird, diesen von der Schuld zu befreien oder ihn dauernd vor dem Zugriffe des Gläubigers zu schützen habe; denn wenn diese Liberirung nicht mehr die Kehrseite der Schuldübernahme bilden kann, müßte sie von dem Käufer noch besonders versprochen, ein spezieller Schuldbefreiungsvertrag abgeschlossen werden.

§ 12. Dieß führt mich zur näheren Besprechung der Frage, ob und inwieweit der dritte Besitzer des Hypothekenobjektes verpflichtet ist, seinem Auktor dafür gut zu stehen, daß derselbe wegen der der übernommenen Hypothek zu Grunde liegenden Schuld nicht mehr belangt werde.

Diese Frage ist für die Begrenzung der dem Hypothekübernehmer gegenüber dem Hypothekgläubiger erwachsenden Verpflichtungen allerdings nur insoferne von Bedeutung, als man, wie dieß die preußische Gesetzgebung gethan [1]), die Rechte des Gläubigers gegen den dritten Besitzer durch Uebertragung der dem alten Schuldner (Verkäufer) gegen den Käufer auf Schuldbefreiung angeblich zustehenden Rechte auf den Gläubiger konstruirt oder wenigstens den Umfang jener Liberirungsverpflichtung zur Bestimmung des Umfanges der korrelativen Zahlungspflicht gegenüber dem Gläubiger zu verwerthen sucht. Dieser letztgedachte Rückschluß müßte aber gerade vom Standpunkte derjenigen, welche die Möglichkeit einer Divergenz der Zahlungspflicht gegenüber dem Gläubiger und der Liberirungs-

---

[1]) Delbrück a. a. O. S. 50 ff. bekämpft einerseits diese Konstruktion mit Energie, kann sich aber, wie es scheint, dem Einfluße derselben doch nicht ganz entziehen. — Durch die preußische Gesetzgebung wird den Parteien der Schuldbefreiungsvertrag aufgenöthigt, anderseits aber auch die Möglichkeit gegeben, die unnatürliche Forthaftung aller ehemaligen Besitzer der Pfandsache auszuschließen.

pflicht gegenüber dem alten Schuldner behaupten,[2]) als bedenklich angesehen werden, weil nach der zwischen Verkäufer und Käufer getroffenen Vereinbarung umgekehrt die Zahlung an den Gläubiger der nächste Gegenstand der vom letzteren übernommenen Verpflichtung ist, während die Liberirung des Verkäufers nur den Zweck nicht den Inhalt der Obligation bilden kann.[3])

In den Kaufverträgen nun, wie sie bei uns gebräuchlich waren und noch abgeschlossen zu werden pflegen, findet sich keine direkte Bestätigung dafür, daß der Käufer eine besondere Verpflichtung, den Verkäufer zu liberiren oder ihn vor ferneren Ansprüchen des Gläubigers sicher zu stellen, übernehmen würde.[4]) Diese Verpflichtung zwischen den Zeilen herauszulesen, geht aber um so weniger an, als schwerwiegende Gründe entgegenstehen. Schon oben wurden die Interessen erwähnt, welche dem Käufer verbieten, sich vertragsmäßig zu verpflichten, daß er auch in späterer Zeit, wenn er das Hypothekobjekt weiter verkauft hätte und die ihm nicht gekündete Hypothekschuld auf seinen Nehmkäufer übergegangen wäre, seinem Verkäufer noch für Zahlung der ferneren Zinsen und schließlich des Kapitales selbst gut zu stehen habe, zumal gerade dann, wenn der Verkäufer ausnahmsweise einen derartigen Nebenvertrag begehren würde, dem Käufer das Odium einer den Besitz überdauernden Schuldverhaftung erst recht vor Augen treten müßte. Wenn

---

[2]) Auch Delbrück nimmt an, daß der Schuldübernehmer, obwohl er durch eine weitere von ihm mit einem Dritten paktirte Uebernahme dem Gläubiger gegenüber frei wird, doch dem alten Schuldner noch Schutz vor dem allenfallsigen Zugriffe des Gläubigers gewähren müsse.

[3]) Seufferts Archiv Band XX Nr. 27 I.

[4]) Wenn es sich um Wegfertigung vom Käufer nicht übernommener Hypotheken handelt, pflegt der Verkäufer eine ähnliche Verpflichtung ausdrücklich zu übernehmen und es beweist dieß, daß die Parteien, wenn sie derartiges wollen, es auch zum Ausdrucke bringen.

aber der Käufer solcher Verpflichtung nicht durch fernere Zahlungen an den Gläubiger nachzukommen gewillt wäre, bliebe ihm nichts übrig, als entweder mittelst einer mit dem Hypothekgläubiger abzuschließenden Expromission die Liberirung des Verkäufers herbeizuführen oder seinerseits die Hypothekforderung zu kündigen und dann wegzufertigen. Das erstere, von der Zustimmung des Gläubigers abhängige Auskunftsmittel würde ihn aber gerade direkt in jene dauernde Haftung gegenüber dem Gläubiger bringen, welche er nach dem eben Gesagten vermeiden will und muß. Der zweite Weg hingegen müßte ihn der Vortheile berauben, die ihm das Liegenbleiben der übernommenen Hypothek gewähren kann und zu einem ungünstigeren Ziele führen, als wenn er die Hypothek nicht übernehmen und die entsprechende Quote des Kaufpreises gleich an den Verkäufer bezahlen würde [5]). Auch der letztere hätte hiebei keineswegs einen Vortheil, theils weil er diese Quote sofort zur Bezahlung der Hypothekschuld zu verwenden hätte, theils weil er auf die preissteigernde Wirkung verzichten müßte, welche das Vorhandensein von Hypotheken, die vom Käufer übernommen wer-

[5]) Regelmäßig pflegen nur solche Hypotheken übernommen zu werden, die nicht bereits fällig sind und auch nicht in der nächsten Zeit fällig werden. Im Großen und Ganzen sind die Hypothekschulden mehr oder minder langlebiger Natur, weil sie einer dauernden Kapitalsanlage ihre Entstehung verdanken. Sie unterscheiden sich wesentlich von den Geschäftsschulden, welche regelmäßig innerhalb eines Jahres abgewickelt werden. Letztere werden auch bei der Uebernahme (z. B. gelegentlich des Verkaufs eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven) eine wesentlich andere Rolle spielen. Bei ihnen wird es sich für den Uebernehmer um alsbaldige Zahlung handeln und angenommen werden können, daß der Geschäftsverkäufer definitive Befreiung verlangt und auch vom Käufer versprochen erhält, während bei jenen zunächst nur die Verzinsung in Frage steht und das Verlangen der Befreiung, weil den Interessen des Käufers zuwiderlaufend, nicht als selbstverständlich gestellt und concedirt erachtet werden kann.

den können, zu äußern vermag. Der Nachtheil, welcher hiebei dem Käufer zuginge, wäre dann besonders fühlbar, wenn die Hypothekforderung, um deren Wegfertigung es sich handelt, zu geringerem Prozentsatze verzinslich wäre, als zu dem, welcher nach dem z. Zt. herrschenden Zinsfuße für eine neu zu kontrahirende Hypothekschuld maßgebend würde[6]).

Wenn sonach angenommen werden muß, daß mangels einer nachweisbaren Vertragsverpflichtung des hypothekübernehmenden Käufers, dem Verkäufer unter allen Umständen Sicherheit vor ferneren Ansprüchen des Gläubigers zu verschaffen, ersterer nur die Erfüllung der ihm während seiner Besitzperiode erwachsenden Zahlungspflicht im Kaufvertrage seinem Kontrahenten in Aussicht stellt, so folgt hieraus einerseits, daß er bei Nichterfüllung d i e s e r Pflicht als kontraktbrüchig dem Verkäufer den aus der Anstellung der Forderungsklage seitens des Gläubigers entstehenden Nachtheil zu ersetzen und anderseits, daß er diesen Nachtheil nicht zu vergüten hat, soferne er selbst seine Verbindlichkeiten erfüllt hat und die Zahlungsunfähigkeit eines späteren Besitzers erst den Gläubiger veranlaßt, sich an seinen alten Schuldner zu wenden.

In dem ersteren Falle hat der Verkäufer, soferne sein Nehmkäufer noch Besitzer des Pfandes ist, neben der actio venditi auch eine Klage aus der dem Besitzer durch die Bezahlung der Hypothekschuld zugehenden ungerechtfertigten Bereicher-

---

[6]) Erfahrungsgemäß pflegen sowohl Private, denen es um eine dauernde Kapitalsanlage zu thun ist, als auch Stiftungsverwaltungen ꝛc. ihre Hypothekforderungen nicht schon deßhalb zu künden, weil der Zinsfuß, der bei der Darlehenshingabe stipulirt wurde, etwas niedriger ist, als der im Augenblick bei solchen Anlagen erreichbare. — Auch die durch die Löschung und eventuelle Neuaufnahme erwachsenden Kosten kommen in Betracht!

ung und nach Annahme v. Gönners auch die Befugniß, die Hypothekrechte des befriedigten Gläubigers geltend zu machen [7]).

Es könnte nun scheinen, als ob dieses Resultat der Billigkeit zuwiderlaufe; allein das ist sicherlich nicht der Fall. Der ehemalige Eigenthümer der Pfandsache, welcher auf sein Gut ein Darlehen aufnahm, hat hiebei den Darlehensgeber auf eine Quote des Gutswerthes angewiesen und wenn diese schließlich, als sie ihren Dienst thun sollte, nicht vorhanden oder doch nicht realisirbar ist, so kann er sich nicht beschweren, wenn er nun dem mit der Darlehensklage gegen ihn auftretenden Gläubiger in derselben Weise für dessen Guthaben aufzukommen hat, wie er es thun müßte, wenn das Pfand in seinem Eigenthume geblieben und in seiner Hand zur Zwangsversteigerung gekommen wäre. Allerdings hat er seinerzeit von seinem Nehmkäufer für die kritische, von der Hypothekschuld wirthschaftlich absorbirte Werthsquote keinen Gegenwerth eingetauscht. Nachdem aber der damalige Käufer inzwischen das Hypothekenobjekt weiter veräußert und hiebei für jene Werthsquote auch seinerseits eine Bezahlung nicht erhalten hat, erscheint derselbe dadurch, daß der ursprüngliche Darlehensschuldner jetzt diese Schuld bezahlt, keineswegs als auf dessen Kosten bereichert. Man kann auch nicht — wenigstens nicht allgemein — sagen, der Käufer müsse dem Verkäufer (Darlehensschuldner) deßwegen Ersatz leisten, weil es seine eigene Schuld sei, wenn er durch Wahl eines nicht zahlungsfähigen Kontrahenten sich beim Weiterverkaufe nicht die Möglichkeit wahrte, bei letzterem entsprechenden Regreß suchen

---

7) Kommentar I S. 457 sub 8. Bezeichnend ist, daß auch hier, wie insbesondere der angeführte Rechtsfall entnehmen läßt, v. Gönner nur den gegenwärtigen Besitzer im Auge hat. — Es beweist übrigens diese von dem Kommentator des Hypothekengesetzes gewählte Konstruktion, daß derselbe die Fortdauer der Wirkung der Hypothekrechte nach Tilgung der bezüglichen Forderung als möglich annahm.

zu können; denn es ließe sich ja auch anderseits denken, daß der Darlehensschuldner selbst leichtsinnig oder schwindelhaft sein Gut übermäßig belastet hatte, wobei er seinen Nehmkäufer durch die Größe der hypothekarischen Belastung über den Werth des Kaufsobjektes täuschte, so daß dieser schon mit Verlust weiter verkaufen mußte [8]).

§ 13. Wenn ich oben den bei Hypothekübernahmen regelmäßig obwaltenden Parteiwillen dahin fixirt habe, daß auch dem alten Schuldner (Verkäufer) gegenüber nicht ein unbeschränktes Versprechen, die Schuld zu bezahlen, abgegeben werde, so wollte ich keineswegs in Abrede stellen, daß ausnahmsweise auch Hypotheken übernommen werden können, bei welchen eine solch' unbeschränkte Zahlungspflicht eingegangen wird. Allerdings sind diese Ausnahmsfälle sehr selten, denn wenn alsbald zu bereinigende Schulden in Frage stehen, [1]) für welche Hypothek auf dem Kaufsobjekte eingetragen (oder vorgemerkt) ist und bei welchen die Parteien nach dem oben Gesagten die unbeschränkte Zahlungspflicht des Käufers zu paktiren, einen wirthschaftlichen Grund hätten, so pflegt der Käufer diese Posten nicht zu übernehmen und bis zu ihrer Wegfertigung durch den Verkäufer einen entsprechenden Betrag des Kaufschillings zu retiniren oder es werden die bezüglichen Gläu-

---

[8]) Wenn die angeblich von dem Käufer eingegangene Liberirungspflicht in Richtigkeit wäre, würden täglich bei uns hunderte solcher Verträge abgeschlossen werden. Und obwohl es gewiß viele gewissenhafte und vorsichtige Käufer gibt, wäre doch keiner sich bewußt, seinem Verkäufer einen wichtigen Dienst zu schulden und keiner bedacht, seiner Verbindlichkeit gerecht zu werden!

[1]) Abgesehen von bereits gekündeten Kapitalien trifft dieß zunächst nur bei Geschäftsschulden zu, für welche in vorhinein hypothekarische Kaution bestellt war oder welche auf Grund eines gesetzlichen Hypothektitels (§ 12 d. H. G.) vorgemerkt (eingetragen) wurden cf. § 12 Note 5.

biger gleich gelegentlich des Kaufsabschlusses aus dem Kaufschillinge befriedigt.

Wenn aber solche Schulden ausnahmsweise vom Käufer mit unbeschränkter Zahlungspflicht übernommen werden,[2]) so ist die Frage, welche Rechte aus diesem besonderen Vertrage[3]) der Gläubiger für sich dem Uebernehmer gegenüber ableiten könne, d. h. ob er um deßwillen den Uebernehmer auch nach Wegfall der thatsächlichen Voraussetzungen der actio hypothecaria als seinen Schuldner behandeln kann, eine rein civilrechtliche, welche mit dem Hypothekenrechte und insbesondere mit dem § 56 des bayr. Hypothekengesetzes durchaus nichts zu thun hat. Eine Entscheidung dieser von dem Gegenstande vorwürfiger Abhandlung abseits liegenden Frage muß ich hier um mehr unterlassen, als ich mich nicht berufen fühle, in dem Streite über die Konstruktion und die Wirkungen der „Schuldübernahme" meine Stimme abzugeben. Ich hatte nur die Aufgabe, darzuthun, daß auf die regelmäßigen Fälle der Hypothekübernahme, welche für den Gesetzgeber bei Normirung des § 56 l. c. maßgebend waren und sein mußten, die verschiedenen Lehrsätze der „Schuldübernahme" keine Anwendung finden können.

Wie bereits angedeutet, ist hinsichtlich der Schulden, bei welchen die vorerörterte qualifizirte Schuldübernahme in Frage kommen kann, die Hypothek häufig erst vorgemerkt und ich glaube

---

[2]) Wenn diese besondere Abrede in dem betreffenden Kaufvertrage nicht zum deutlichen Ausdruck gelangt, so liegt dieß nicht daran, daß die Partheien sich nicht bewußt wären, hier eine spezielle Intention zu verfolgen. In der Schablone derartiger Verträge findet nicht Alles Platz, was der speziellen Erwähnung bedürftig wäre.

[3]) Auch hier ist zunächst nur die Bezahlung in obligatione, wobei der Promissar (Verkäufer) allerdings, falls der Käufer seine Liberirung auf anderem Wege bewirkt, meistentheils kein Interesse und darum auch kein Recht haben wird, auf der Bezahlung zu bestehen.

daher, an dieser Stelle des Einflusses noch näher gedenken zu sollen, welchen § 56 l. c. bei vorgemerkten Hypotheken äußert.

Die vorgemerkte Hypothek ist noch keine wirkliche. Die Vormerkung bewirkt nur, daß die spätere Eintragung auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückbezogen wird und daß im Falle die Eintragung wegen inzwischen erfolgter Foliensperre rc. nicht erfolgen kann, der Nachweis des Rechtes auf Eintrag diesen ersetzt. (§§ 30 u. 74 d. H. G.)

Der letztere Umstand ist hier nicht von Bedeutung, denn der Angelpunkt gegenwärtiger Erörterung ist der spätere freiwillige Verkauf des Hypothekenobjektes durch den Hypothekübernehmer, wobei der spätere Käufer die Hypothek wieder übernimmt, und hiemit hat die Frage, ob gegen den derzeitigen Besitzer die vorgemerkte Hypothek gleich der eingetragenen wirkt, nichts zu schaffen.[4])

Abgesehen von dem Falle des § 74 d. H. G. kann daher der bloß vorgemerkte Gläubiger weder die dingliche noch die persönliche Klage gegen den Besitzer erheben, ehe die Eintragung seiner Hypothek erfolgt, sein bedingtes Recht zu einem unbedingten geworden ist. Geschieht dieß während der Besitzperiode desjenigen, der das Gut von dem Schuldner, gegen den die Vormerkung gerichtet war, erwarb und hiebei die vorgemerkte Hypothek übernahm, so ist die Sache ganz so, als wenn derselbe die schon eingetragene Hypothek übernommen hätte. Er wird daher seiner bezüglichen Haftung ledig, soferne er das Pfandobjekt weiter verkauft und auch der neue Käufer die Hypothek übernimmt. Erfolgt aber die Umwandlung der Vormerkung in Eintragung während seiner Besitzperiode nicht, so entsteht gegen ihn überhaupt keine Haftung, weder eine dingliche noch eine persönliche, denn wenn auch die Eintragung

---

[4]) Ueber die Wirkungen des Zwangsverkaufes auf die Dauer der Haftung des dritten Besitzers cf. § 14 a. E.

ex tunc wirkt, so ist doch hier diese Wirkung sofort durch den inzwischen erfolgten Weiterverkauf paralysirt bezw. die Grundlage bereits beseitigt, auf welcher dem Uebernehmer der vorgemerkten Hypothek eine Haftung erwachsen könnte.

§ 14. Ich komme nun noch zur Besprechung zweier Detailfragen, von denen die erstere die Dauer der Haftung des dritten Besitzers dem Hypothekgläubiger gegenüber betrifft, während die zweite die demselben zur Seite stehenden Rechtsbehelfe zum Gegenstande hat.

Ich habe bereits mehrfach berührt, daß die actio hypothecaria nach dem Civilrechte nicht bloß gegen den wirklichen Besitzer, sondern auch gegen den fictus possessor, insbesondere gegen Denjenigen erhoben werden kann, welcher sich des Besitzes arglistig entäußert hat. Daß diese Bestimmung des Civilrechtes durch die Vorschriften des bayer. Hypothekengesetzes ihre Anwendbarkeit nicht verlor, unterliegt wohl keinem Zweifel, denn letzteres hat keine selbständigen Grundsätze darüber aufgestellt, wer als Besitzer bezw. als Eigenthümer eines für das Hypothekenrecht in Frage kommenden Grundstückes zu erachten sei; es hat das Hypothekengesetz auch in dieser Richtung in das Civilrecht nicht übergreifen wollen und daher fragliche Rechtsfiktion unberührt gelassen. Der Umstand, daß die Hypothekarklage nunmehr keine rein dingliche Klage ist, sondern primär auf Zahlung geht, hat ebenfalls hierin eine Aenderung nicht bewirkt.[1]) Von dem Standpunkte, den ich hier vertheidige, muß denn auch die persönliche Klage aus § 56 des Hypothekengesetzes, weil ebenfalls gegen den Besitzer gerichtet und nur ein Accessorium der dinglichen Klage bildend, als gegen den fictus possessor zulässig erachtet werden.

Untersucht man nun, welche Umstände eine Veräußerung

---

[1]) Allerdings ist hierdurch auch für die vorwürfige Frage die Analogie der Noxalklage verwerthbar geworden l. 12, l. 24 D. 9. 4.

als dolos erscheinen lassen, so ist vor Allem zu beachten, daß bei uns, wo es sich bloß um intabulirte Hypotheken auf Immobilien handeln kann, die Absicht des Veräußernden, dem Hypothekgläubiger den Zugriff auf das Pfand zu erschweren, in den Hintergrund treten wird.

Zunächst in Betracht kommt daher bei uns die Zahlungspflicht des Veräußernden, welche auch bei bloß dinglicher Haftung insoferne für den Gläubiger von Bedeutung ist, als dieser den Besitzer mit der dinglichen Klage nöthigt, in Vertretung der res obligata und um sich in deren Besitz zu erhalten, die Hypothekschuld mit seinem disponiblen Vermögen zu decken.

Hieraus ergibt sich einerseits, daß die Absicht einer bereits existent gewordenen Zahlungspflicht sich zu entziehen, dem Gläubiger die bereits geborene Klage illusorisch zu machen, der Veräußerung jene Qualifikation verleiht, welche den Veräußernden als fictus possessor erscheinen läßt und anderseits, daß die Veräußerung, welche ein bereits geborenes Klagerecht des Gläubigers nicht alterirt, welche in einem Zeitpunkte vorgenommen wird, in welchem fällige Leistungen des Veräußernden nicht in Frage stehen, nicht als arglistig aufgefaßt werden kann.[2]

[2]) Schon oben wurde berührt, daß der in v. Gönners Kommentar unter Berufung auf l. 16 § 3 (nicht 4) D. 20. 1 konstruirte Fall einer im Komplotte mit dem Erwerber zur Beschädigung des Gläubigers vorgenommenen Pfandveräußerung bei uns kaum praktisch werden dürfte, zumal es sich hiebei um die Arglist des Erwerbers — der dann als unredlicher Besitzer in Betracht käme — handeln würde. Falls nämlich der Erwerber ernstlich erwirbt, die Veräußerung nicht bloß simulirt ist, so muß er die ihm ja bekannte Hypothek entweder übernehmen oder nicht. Im letzteren Falle müßte er den ganzen Kaufpreis berichtigen und sich wegen Wegfertigung der Hypothek auf den zahlungsunlustigen Verkäufer verlassen; im ersteren Falle aber würde er sich, was mit seiner Absicht, den Gläubiger zu schädigen, nicht stimmt, diesem als persönlicher Schuldner verpflichten.

In letzterem Falle handelt es sich nicht um Verkümmerung des existenten Klagerechtes, sondern um Verhinderung seiner Entstehung und der Gläubiger, welcher bei der Uebernahme der Hypothek seinerzeit nicht mitgewirkt hat, kann dem Besitzer keinen Vorwurf daraus machen, daß derselbe in der von ihm beim Erwerbe bereits in Aussicht behaltenen Weise der ferneren Entstehung von Zahlungspflichten vorbeugt. [3])

Zweifelhaft kann es nur sein, wie sich die Sache gestaltet, wenn der Hypothekübernehmer (Besitzer) im Zeitpunkte der Veräußerung zwar die fällig gewordenen Beträge richtig an den Gläubiger abgeführt, von diesem aber bereits die Kündigung des Hypothekkapitales erklärt erhalten hat. Auch in diesem Falle besteht im Zeitpunkte der Veräußerung noch kein Klagerecht des Gläubigers auf Bezahlung des Kapitals, wenngleich ein Willensakt des Gläubigers in Mitte getreten ist, der den Besitzer belehrt, daß von ihm seinerzeit (nach Abfluß der Kündigungsfrist) die Bezahlung gewärtigt werde. Wenn man aber annimmt, und dieß scheint mir das Richtigere zu sein, daß die Kündigung nur in der Richtung gegen die Person, welcher sie erklärt wurde, wirken kann, daß daher der neue Erwerber, wenigstens wenn ihm die erfolgte Kündigung unbekannt geblieben war, die Eröffnung einer neuen Kündigungsfrist verlangen kann, so brächte die Veräußerung des Hypothekobjekts während des Laufes der Kündigungsfrist für den Gläubiger den Nachtheil, daß er noch längere Zeit mit der Rückforderung

---

[3]) Als selbstverständlich erachte ich hiebei, daß die Fortdauer der Haftung als fingirter Besitzer, wenn sie gegeben ist, nur soweit reicht, als das durch die Weiterveräußerung alterirte Klagerecht des Hypothekgläubigers gegeben war. Wer bei der Weiterveräußerung des unter Uebernahme der Hypothek erworbenen Gutes eine Zinsrate rückständig bleibt, haftet um deßwillen noch nicht für das Kapital fort; denn in Rücksicht auf letzteres veräußert er bona fide.

des Kapitals zuwarten müßte. Deßhalb wird auch diese Veräußerung als arglistig erachtet werden können und der Veräußernde nach Eintritt der Fälligkeit auf Rückzahlung des Kapitales zu belangen sein und zwar sowohl mit der dinglichen als auch mit der persönlichen Klage. Denn nachdem er sich selbst die Möglichkeit, das Gut abzutreten, benommen hat, haftet er auch der dinglichen Klage gegenüber mit seinem übrigen Vermögen.[4])

Einen besonderen Fall der ficta possessio bildet der durch Durchführung des Subhastationsverfahrens bewirkte Verlust des Hypothekenobjektes. Dieses Verfahren bringt die sämmtlichen auf dem Strichsobjekte ruhenden Hypotheken dem Besitzer gegenüber zur Fälligkeit und die Betheiligung eines Gläubigers hiebei stellt sich als eine spezielle Art der Hypothekarklage dar, womit der Liquidant aus dem Strichsschillinge Befriedigung seiner Forderung sucht. Sobald aber die actio hypothecaria nata ist, erscheint auch die persönliche Klage aus § 56 des H. G. als geboren. Daß letztere auch formell mit der ersteren kumulirt werde, ist nicht nothwendig, es genügt, daß sie kumulirt werden könnte. Demnach bleibt nach erfolgloser Geltendmachung der dinglichen Klage im Subhastationsverfahren die persönliche Klage gegen den exequirten dritten Besitzer noch anstellbar, denn letzterer erscheint deßhalb, weil er wegen Nichtbezahlung der Hypothekschulden das Pfand verkaufen lassen mußte, gewiß nicht weniger als fictus possessor, als wenn er nach Fälligkeit der Forderungen freiwillig verkauft hätte.[5])

[4]) cf. v. Gönner Kommentar I S. 450 u. Bl. f. R. A. Band XXXII S. 161. Derjenige, welcher sich arglistiger Weise die Bethätigung der Abtretungsbefugniß unmöglich gemacht hat, ist jedenfalls nicht milder zu behandeln als der, welcher, um auf die hyperocha nicht verzichten zu müssen, hievon keinen Gebrauch macht.

[5]) Auch die hinsichlich der Exekutionsmittel unbeschränkte Haftung, welche v. Gönner (cf. vorige Note) bezüglich des von der Abtretungs-

§ 15. Es wurde bereits oben bemerkt, daß der dritte Besitzer, auch wenn er die Hypotheken übernommen hat, jene Einreden, welche der ursprüngliche Schuldner gegen die bezüglichen Forderungen zu machen hätte, für seine Person den Hypothekgläubigern nicht entgegensetzen kann. Es ist dieser Punkt, welcher bei Zugrundelegung der modernen Lehre von der Schuldübernahme ein zweifelhafter wäre (Windscheid Pand. § 339 Note 1) nach bayer. Hypothekenrechte zweifellos zu Ungunsten des dritten Besitzers zu entscheiden, theils weil, wie oben dargethan wurde, der Hypothekübernehmer nicht als Correus in das ursprünglich zwischen dem Hypothekbesteller und seinem Gläubiger begründete und durch den Verkauf des Hypothekenobjektes unberührt gebliebene Obligationsverhältniß eintritt, sondern nur aus dem durch die Uebernahme der Hypotheken qualifizirten Pfandbesitze persönlich haftbar wird, theils weil er wegen des formalen Bestandes, welchen die Hypothekschuld durch die Eintragung im Hypothekenbuche gewinnt, dieselbe so, wie er sie übernommen hat, auch fortan gegen sich gelten lassen muß. Es ist dieß zwar in § 26 des Hyp. Ges., wo einzelne Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches aufgezählt werden, nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus den dort hervorgehobenen Grundsätzen. Nach Ziff. 2 l. c. muß der siegreiche Vindikationskläger, obwohl er sein Eigenthum aus einem älteren Titel ableitet, doch die inzwischen von dem als Eigenthümer vorgetragenen Nichteigenthümer bestellten Hypotheken anerkennen. Er kann sicherlich nicht die Einreden, welche dem Hypothekbesteller etwa gegen den eingetragenen Gläubiger zustünden, diesem entgegenhalten.[1]) Ganz in der gleichen Lage

---

befugniß keinen Gebrauch machenden Possessor behauptet, scheint mir nur als Fortsetzung der durch den Zwangsverkauf des Pfandobjektes nicht in Wegfall gekommenen dinglichen Klage konstruirbar zu sein.

[1]) Die Behauptung, der Eintrag beruhe auf einem Scheingeschäfte,

befindet sich Derjenige, welcher das Hypothekobjekt erwirbt, ohne die Hypotheken übernommen zu haben und der daher nur mit der dinglichen Klage belangt werden kann, denn auch für ihn bleibt das zwischen seinem Auktor und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältniß eine durchaus fremde Sache. Hieraus folgt, daß auch der dritte Besitzer, welcher die Hypothek übernommen hat, jedenfalls der dinglichen Klage gegenüber jenes Schuldverhältniß nicht zu seiner Vertheidigung heranzuziehen befugt ist. Sollte er es nun thun dürfen, wenn auch die persönliche Klage gegen ihn gestellt wird, soll dann in der einen Richtung die dem persönlichen Schuldverhältnisse zwischen Hypothekbesteller und Gläubiger entnommene Einrede als unstatthaft zurückgewiesen, in der anderen Richtung aber berücksichtigt werden? Es hat übrigens der Hypothekübernehmer, der, wenn er nicht animo donaudi handelte, sich für die Uebernahme eine Gegenleistung versprechen ließ und in dem regelmäßigen Falle der Abrechnung am Kaufschillinge diese Gegenleistung schon in Händen hat, auch keinerlei Interesse gegen den Bestand der Hypothek zur Zeit der Uebernahme durch ihn Einwendungen zu erheben oder einen später durch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner geschaffenen Erlöschungsgrund der Hypothek für sich geltend machen; denn wenn hiewegen die Hypothek gelöscht und er dem Gläubiger gegenüber befreit würde, müßte er aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung angehalten werden, dem alten Schuldner den Betrag dieser Bereicherung zu vergüten. [2])

---

kennzeichnet sich nicht als eine dem Hypothekbesteller gegen den Gläubiger zustehenden Einrede. Dieses von Beiden gemeinsam vorgeschobene Scheingeschäft kann, wenn es zum Nachtheile des Vindikanten geschlossen wurde, selbstverständlich von diesem angefochten werden.

[2]) Anders, wenn die Tilgung der Schuld seitens des alten

Auch den Interessen des Hypothekbestellers entspräche es in der Regel nicht, wenn der Hypothekübernehmer die geschäftlichen und persönlichen Beziehungen, welche der Hypothekschuld zu Grunde liegen, auf eigene Faust in einem Rechtsstreite mit dem Gläubiger verwerthen könnte. [3])

Selbst wenn der frühere Eigenthümer des Gutes, gegen den ein Hypothekeintrag erwirkt wurde, hiewegen Protestation im Hypothekenbuche eintragen ließ, ist der spätere Erwerber des Gutes nicht berechtigt, die der Protestation zu Grunde liegenden Einwendungen seinerseits gegen den Hypothekgläubiger geltend zu machen. Ganz abgesehen von der Frage, ob nicht dadurch, daß der frühere Eigenthümer durch die gestattete Abrechnung der Hypothekschuld am Preise des Gutes selbst auf diese Einwendungen Verzicht geleistet habe, liegt in der Protestation kein Moment, welches den Singularsuccessor des Protestirenden aktiv zu den bezüglichen Protesteinwendungen legitimiren könnte; die Protestation hat vielmehr, wie die §§ 27--29 des Hyp. Ges. klar ergeben, nur den Zweck und die Wirkung, die Rechtsbehelfe des Protestirenden vor den Einwirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches sicher zu

---

Schuldners im Interesse des Pfandbesitzers geschieht. In diesem Falle könnte sie als ein Rechtsgeschäft zu Gunsten eines Dritten aufgefaßt werden und würde jedenfalls gegen den Doppelzahlung begehrenden Gläubiger die exceptio doli begründen.

[3]) Dieser Gesichtspunkt tritt besonders dann hervor, wenn Gutsabtretungen zwischen Verwandten und erbschaftliche Auseinandersetzungen Veranlassung zur Hypothekerrichtung gegeben haben. — Ganz anders liegt die Sache z. B. bei Uebernahme von Geschäftsschulden gelegentlich des Geschäftserwerbes, ein Beweis, daß die Details bei „Schuldübernahmen" keinenfalls nach einem Maße gemessen werden dürfen. Bei Erwerbung eines Handlungsgeschäftes oder einer Erbschaft wird mit Fug angenommen werden können, daß die wegen der Passiven dem Verkäufer zustehenden Rechte dem Käufer zur selbständigen Geltendmachung überlassen seien cf. § 12 Note 5.

stellen, die Passivlegitimation eines Singular-successors des Gläubigers gegenüber den Einwendungen des Protestirenden zu begründen.

Vom Standpunkte des Hypothekengesetzes also steht nichts im Wege, eine wegen Tilgung der bezüglichen Forderung bereits erloschene, aber noch nicht gelöschte Hypothek mit der Wirkung ungelöscht zu lassen, daß sie von einem Erwerber des Hypothekenobjektes übernommen wird und dieser seiner bezüglichen Zahlungsverbindlichkeiten ohne sich auf die geschehene Tilgung berufen zu können, dem Gläubiger gegenüber gerecht werden muß. Wenn hiebei der Gläubiger mehr erhält, als ihm gebührt, so hat er sich lediglich mit seinem ursprünglichen Schuldner hierwegen auseinander zu setzen.[4])

Zum Schlusse will ich die in vorstehender Untersuchung gewonnenen wesentlichsten Resultate kurz zusammenstellen.

1) Der dritte Besitzer, welcher beim Erwerbe der hypothekbelasteten Sache, die Hypothek übernahm, wird der durch § 56 des bayr. H. G. begründeten Haftung für die bezügliche Schuld ledig, wenn er die Sache weiter veräußert; nur für rückständig gelassene Leistungen und falls das Kapital ihm bereits gekündet war, für dieses, bleibt er dem Gläubiger zahlungspflichtig.

2) Während der Dauer seiner Haftung kann er der Klage des Gläubigers keine Einwendungen entgegen setzen, die er lediglich dem zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse entnehmen müßte. Solche Einreden des ursprünglichen Schuldners kann nur dieser selbst verwerthen.

3) Durch die Uebernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis verpflichtet sich der Käufer noch nicht, den Verkäufer von dessen persönlicher Schuld zu befreien oder ihm

---

[4]) cf. oben § 12 Note 7.

unter allen Umständen dafür aufzukommen, wenn er von seinem Gläubiger belangt werden sollte.

4) Wenn daher der Verkäufer von dem Gläubiger mit der Forderungsklage zur Zahlung der Hypothekschuld angehalten wird, kann er, falls sein Nehmkäufer inzwischen das Hypothekenobjekt weiter veräußert hat, aus dem Kaufvertrage Schadloshaltung von demselben nur begehren, in sofern und in soweit letzterer die Zahlungspflichten gegen den Gläubiger, wie sie ihm nach Ziff. 1 auch nach der Besitzaufgabe obliegen, nicht erfüllt hat.

Hellmann, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Umfang etwa 50—60 Druckbogen (unter der Presse). Preis *M.* 12 bis 15. —.

Holtzendorff, Franz von, **Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco** (früheren Fürstin Bauffremont). Ein Gutachten 26 S. Lex. 8. 1876. Preis *M.* —. 75.

Krieg, G., **Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt.** 64 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 20.

Lacher. G. A., Die Gemeindeordnung für die bayerischen Landestheile diesseits des Rheins vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite, nach dem Gesetze vom 19. Januar 1872 berichtigte Ausgabe. VIII u. 147 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. Preis *M.* 1. 40.

— Das Gesetz über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite Aufl. VI u. 38 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. Preis *M.* —.40.

— Das revidirte Gesetz über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt vom 16. April 1868 / 28. Februar 1872. Mit Anmerkungen herausgegeben. VII u. 51 S. 8. 1872. Preis *M.*. —. 40.

Lotmar, Philipp, **Ueber Causa im römischen Recht.** Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. IX u. 179 S. gr. 8. 1875. Preis *M.* 4. —.

— **Zur legis actio sacramento in rem.** Habilitationschrift. VI. u. 145 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. 80.

— **Kritische Studien in Sachen der Contravindication.** IV. u. 181 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 3. 60.

Obermeyer, Moritz, **Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprocess nach dem bisherigen gemeinen Recht und nach der neueren Gesetzgebung, insbesondere der Civilprocessordnung für das deutsche Reich.** Von der juristischen Fakultät der Universität München gekrönte Preisschrift. XI. u. 209 S. gr. 8. 1880. Preis *M.* 4. —.

Reinhard, Dr. August, Die Kirchenhoheitsrechte des Königs von Bayern. Von der Juristenfakultät der Universität München mit dem Accessit gekrönte Preisschrift. 282 S. gr. 8. 1884. Preis *M.* 5. 40.

Roth, Paul von, Zur Lehre von der Genossenschaft. Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen. IV u. 152 S. gr. 8. 1876. Preis *M.*. 3. —.

Stroell, Dr. Adolf, **Ueber die concursrechtliche Realsicherheit fundirter Geldpapiere.** Mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse. 60 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* 1. —.

Stupp, M., Sekretär der k. General-Bergwerks- und Salinen-Administration, Das Berggesetz für das Königreich Bayern vom 20. März 1869. Mit Erläuterungen. VIII u. 436 S. 8. 1879. Preis *M.* 8. —.

Weveld, Adalbert Freiherr von, **Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Civilprocess.** IV und 71 S. gr.8. 1877. Preis *M.* 1. 20.
